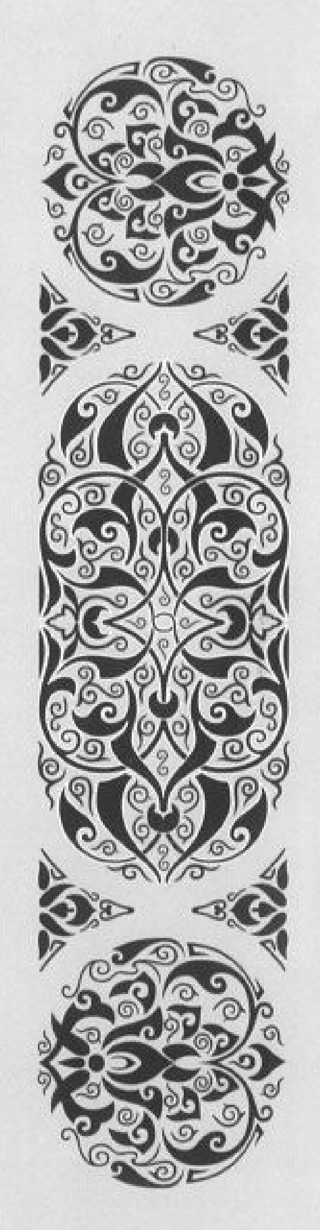


وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية
قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية



صنوان القضاء وعنوان الإفتاء

تأليف

القاضي عماد الدين محمد بن محمد
ابن إسماعيل بن محمد الخطيب الأشفورقاني
(المتوفى ٦٤٦ هـ)

الجزء الأول

تحقيق ودراسة
القاضي مجاهد الإسلام القاسمي
أمين عام مجمع الفقه الإسلامي - الهند



وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية
قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية

صنوان القضاء وعنوان الإفتاء

تأليف

القاضي عماد الدين محمد بن محمد
ابن إسماعيل بن محمد الخطيب الأشفورقاني
(المتوفى ٦٤٦هـ)

الجزء الأول

تحقيق ودراسة

القاضي مجاهد الإسلام القاسمي
أمين عام مجمع الفقه الإسلامي - الهند

الطَّبْعة الثانية
١٤٣١ هـ - ٢٠١٠ م

تقـــديم

الحمدلله والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .. وبعد :

فيسر وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية أن تضع بين يدي القارئ الكريم كتـاب " صنوان القضاء وعنوان الإفتاء " باعتباره تحفه ثمينه ومرجعاً هاماً ضمـــن منظومـــة كتب القضاء .

وقد عني فقهاؤنا قديماً وحديثاً بأمر القضاء وما يتعلق به من مسائل وآداب باعتبـــاره أخطر منصب أنيط به تطبيق العدالة ، ورعاية حقوق الإنسان ، وحفظ عرضه ومالــه وحياته وكرامته . فقد ألفوا في هذا المجال كتباً كثيرة تكشف النقاب عن خصـــائص النظام القضائي في الإسلام والتي تجعله من أرقى النظم القضائيـــة وأكملــها علــى الإطلاق .

ومن أشهر المؤلفات القديمة في النظام القضائي الإسلامي :

أدب القاضي للإمام أبي يوسف المتوفى ١٨٢هـــ .

أدب القاضي للإمام محمد بن الحسن الشيباني المتوفى ١٨٩ هـــ .

أدب القاضي للخصاف المتوفى ٢٦١ هـــ .

أدب القضاء لأبي عبدالله أصبغ بن الفرج المتوفى ٢٢٥ هـــ .

أدب القضاء لمحمد بن عبدالحكم المتوفى ٢٨٢ هـــ .

أدب القاضي لأبي عبيد قاسم بن سلام ٢٢٤ هـــ .

أدب القاضي للقفال الشاشي المتوفى ٣٦٥ هـــ .

أدب القضاء لأبي سعيد الأصطخري المتوفى ٣٢٨ هـــ .

فقد اطلع الأشفورقاني مؤلف كتاب " صنوان القضاء وعنوان الإفتاء " على جل ما ألف في فن القضاء فمخض زبد كتب الأقدمين ، وأبرز ما جمعه في أجمل صورة وأكمل معنى .

وبما أن الكتاب رشفة من غزير التراث الفقهي الذي حبا الله به الأمة الإسلامية من بين سائر الأمم ، وقع الاختيار عليه للنشر من قبل الوزارة ، للانتفاع بما فيه من علم نافع ، مساهمة منها في بناء النهضة الفقهية ، وإظهار طبيعة النظام القضائي في الإسلام وأصالته ومحاسنه .

ونشر هذا الكتاب يأتي امتداداً لما قامت به الوزارة ممثله في إدارة البحوث والموسوعات الإسلامية في قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية من طباعة ونشر عدة كتب تراثية متميزه ذات قيمة علمية عالية .

وتعكف الوزارة حالياً على تنفيذ مشروع الموسوعة الأصولية ، ومشروع سلسلة الموسوعات الفقهية الموضوعية ، وإنجاز ما تبقى من أجزاء الموسوعة الفقهية ، إلا أن انشغال الوزارة بهذه المشاريع العلمية الكبرى لن يحول دون العناية بالتراث الإسلامي، ونشر ما طواه الزمن من تراث علمي ، استشعاراً منها بالمسؤولية تجاه هذه الأمانة العلمية التي خلفتها الأجيال الإسلامية السابقة .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية

قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية

إدارة البحوث والموسوعات الإسلامية

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة المحقق

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على من أرسله رحمة للعالمين سيدنا محمد النبي الأمـــي وعلـــى آلـــه وأصحابه أجمعين والتابعين لهم إلى يوم الدين ، وبعد!

قضى الله سبحانه و تعالى أن تكون شريعة الإسلام نظاماً للحياة صالحـــاً لكل قوم وزمن ، فأودع فيها الثبات والأصالة بجانب المرونة والقابلية للتطور ، تلك الخصائص التي امتازت بها الشريعة الإسلامية الغراء ، فـــأثبتت جدارتها وصلوحها للتطبيق على مر العصور ، وقد شهد بذلك منبهراً كل مـــن درس الشريعة الإسلامية وسبر أغوارها .

وإسهاماً في خدمة الشريعة الإسلامية ، و تقديماً لتشريعاتها بأساليب متنوعـة تتابعت المصنفات الجليلة والكتب القيمة في مختلف مجالات المعرفة وأصبح التراث الإسلامي حافلاً بروائع فريدة من التشريعات والنظم لشتى شعب الحياة ؛ ولكـن تراثنا الإسلامي الرائع هذا بقي قسم كبـير منه مخفياً في خزائن المخطوطـات ، و لم ير نـــور الطباعة ، ومن الواجب العلمي على الأمة الإسلامية بذل جهودها لإخراج هذه الثروات العلمية القيمة إلى أيدي القراء .

من هذه الكنوز المخفية في المكتبات **"صنوان القضاء وعنوان الإفتاء"** للقاضي عماد الدين محمد بن محمد بن إسماعيل بن محمد الخطيب الأشفورقاني ، وهذا الكتاب الذي مضت على تأليفه مدة مديدة تتمثل في سبعة قرون ونصف قرن، لم يتحل بالطباعة لهذه الآونة فيما نعلم، والمصنف الذي نصب رئيس هيئة القضاة في دلهي عاصمة الحكومة الهندية سنة ٦٣٩هـ في عهد الملك علاء الدين مسعود شاه بن ركن الدين فيروز شاه بن شمس الدين ألتمش ، ألف الكتاب في حقبة من الدهر عصيبة ، إذ كانت أمتنا الإسلامية تمر وقتذاك بأحلك ظروفها في التاريخ الإسلامي جراء فتنة التتار المبيدة ، واكتوى المصنف بنارها التي اندلعت في بلاد خراسان و ماوراء النهر ، فغادر وطنه ونزل بدلهي حيث ابتدأ بإملاء هذا الكتاب في سنة ٦٤٢ هـ.

وقبل الخوض في تقديم نص الكتاب بالتحقيق نبدأ بالمقدمة حسب التفصيل التالي:

المقدمة : وهي تحتوي على ثلاثة أبواب:

الباب الأول: في أهمية الفقه القضائي وذكر الكتب المؤلفة . وفيه فصلان:

الفصل الأول : أهمية الفقه القضائي.

الفصل الثاني : كتب أدب القضاء.

الباب الثاني: في مصنف الكتاب و ذكر الحالة السياسية و العلمية في عهده ، وفيه أربعة فصول:

الفصل الأول: الحالة السياسة في عهد المصنف.

الفصل الثاني: الحالة العلمية في عهد المصنف.

الفصل الثالث : حياة المصنف.

الفصل الرابع: منصب قاضي القضاة في عهد المصنف.

الباب الثالث: في التعريف بالكتاب وعملي في التحقيق . وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: كتاب "صنوان القضاء وعنوان الإفتاء".

الفصل الثاني: الأصول الخطية للكتاب.

الفصل الثالث : عملي في التحقيق.



القسم الدراسي

الباب الأول

في أهمية الفقه القضائي وذكر الكتب المؤلفة فيه

الفصل الأول

أهمية فقه القضاء

إن أشرف العلوم قدراً وأعلاها رتبة هو الفقه ، لأن بـــه صـــلاح الإنســـان وفلاحه في دنياه وآخرته ومن يرد الله به خيراً يفقهه في الدين.

وقد عرّف الإمام الأعظم أبو حنيفة رحمه الله الفقه بأنه "معرفة النفس مـــا لها وما عليها" ، يعني ذلك أن الفقه علم يعرف به الإنسان فرائضه ومسئولياته وما ينفعه وما يضره ، وهذا التعريف المنقول عن الإمام الأعظم أبي حنيفة يبتنى على اصطلاح القدماء الذين كانوا يعدون الاعتقاد والعمل كليهما من الفقــه ، و لذلك سمي كتاب أبي حنيفة الذي يضم مباحـــث علم الكـــلام بــــ "الفقــه الأكبر" ، و عرف علماء الشافعية الفقه "بمعرفة الأحكام العمليـــــة الشـــرعية بالأدلة التفصيلية"[1].

أما المعنى اللغوي للفقه فهو الفهم فقط أو هو فهم غرض المتكلم الأصلـــي من كلامه ، أو معرفة لب الكلام ، أو هو فهم الأشياء الدقيقة، قال الأسنوي: "وأما اللغوي فقال الإمام في المحصول والمنتخب: هو فهم غرض المتكلـــم من كلامه ، وقال الشيخ أبو إسحاق في شرح اللمع: هو فهم الأشياء الدقيقة،

---

١ – التوضيح و التلويح ص١٢ ج١.

فلا يقال: فقهت أن السماء فوقنا ، وقال الآمدي: هو الفهم وهذا هو الصواب، فقد قال الجوهري: الفقه هو الفهم ، تقول: فقهت كلامك بكسر القاف ، أفقهه بفتحها في المضارع أي فهمت أفهم " [1].

إن التفقه نعمة عظيمة من نعم الله تعالى التي يمنحها نخبة من عباده، كما ورد في الحديث الصحيح: "من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين[2]".

وذلك لأن الإنسان يعرف بالفهم الديني الصحيح ما ينفعه وما يضره في الدنيا و الآخرة و يعرف به فرائضه و حقوقه ، ولا يمكن أن يقوم أساس العدل والتوازن في الدنيا إلا على معرفة الحقوق والفرائض وتأديتها على أحسن وجه ، الأمر الذي يحقق الأمن والسعادة في الحياة الدنيا والنجاة والفلاح في الآخرة.

ومما لايخفي أن أساس الأعمال على العقائد ، والعقائد هي التي تؤثر على الأعمال ، وعليه فإن معرفة الأمور الاعتقادية موضوع علم العقائد والكلام ، وأما معرفة الأحكام العملية للشريعة فهو موضوع علم الفقه.

وإن الفقه عبارة عن فهم الكتاب و السنة ، و معرفة الإجماع وأقوال السلف ، و إدراك طرق الاجتهاد و القياس ، و على هذا فالفقه باب دقيق حاسم يقتضي الحذق و البراعة في العلوم الدينية كلها، ولذلك بذل العلماء الأعلام والعباقرة الأذكياء في التاريخ الإسلامي عبر العصور أقصى مؤهلاتهم

١- شرح الإمام جمال الدين الأسنوي المسمى بنهاية السول في شرح منهاج الوصول للبيضاوي/٧.

٢- متفق عليه.

ومواهبهم الفكرية في تدوين هذا الفن المبارك، الذي تمثل اليوم في تواجد تراث علمي غزير، وثروة غالية من مجهودات السلف الصالحين .

وإن إطار الفقه الإسلامي واسع و شامل لجميع نواحي الحياة الإنسانية ، و لذلك يدخل في نطاقه كل من العبادات والمعاملات التجارية بجميع أنواعها ، وأمور المعاشرة من النكاح والطلاق والنفقة وما إلى ذلك، والتصرفات المالية من الوقف والهبة والوصية وأصول توزيع الميراث ، ونظام الحكومة ووجوب نصب الأمير والأهلية اللازمة للإمامة ، وفرائض الأمير واختصاصاته ، والأقسام الإدارية للحكومة الإسلامية ، والوزارة العامة والوزارة المالية ، والعاملون، والعاشرون ومسئول المظالم ، وقسم الاحتساب والرقابة ، والأقسام الإدارية الأخرى كلها موضوعات مستقلة من المباحث الفقهية ، وكذلك نظام عدل الإسلام له قانون تفصيلي جامع ، وهو يعد باباً من الأبواب الهامة للفقه الإسلامي.

فللقضاء أهمية كبيرة في حياة الشعوب و الأمم ، به يتحقق العدل والتناصف والمساواة بين الأفراد المتخاصمين وغيرهم ، وهو دعامة قواعد الاستقرار والأمن والأمان لهذه الأمة ، لما يتم به من حسم الخصومات والقضاء على المنازعات بين العباد ، ورفع ظلم الظالم ورد كيد المعتدي إلى نحره.

ولأهمية موضوع القضاء وضع فقهاء الإسلام في جميع كتب الفقه باباً مستقلاً لبيان التشريع القضائي للإسلام ، وأدرجوا فيه تفاصيل أحكام القضاء وآدابه وأصول الدعوى وضوابط الشهادة ، ولكن اتساع الموضوع وشموله كان يقتضي أن يجعل هذا العلم من آداب القضاء وقوانينه فناً مستقلاً ، وذلك

ما شعر به الفقهاء المتقدمون وبالأخص منهم الإمام أبو يوسف الذي هـو أول قاضٍ للقضاة في التاريخ الإسلامي ، وله تجربة عملية في هذا المجال ، وهو الذي جعل تشريع الإسلام القضائي ونظامه القضائي موضوع كتاب مستقل ، ثم تكاثرت الكتب على موضوع القضاء وأدب القاضي ، ويأتي بعض التفصيل حوله في الفصل الآتي:

الفصل الثاني

كتب أدب القضاء

كما سلف أن الفقهاء الكرام دأبوا على تناول مباحث القضاء وأدب القاضي في الكتب الفقهية إلى جانب إفراد مباحث القضاء بكتب مستقلة ، حيث بحثوا فيها مواضيع أدب القاضي والقضاء بحثاً وافياً دقيقاً، وكثرت الكتب عليها وتنوعت في أسلوبها ومنهجها ، نذكر فيما يلي أسماء تلك الكتب حسب المذاهب الفقهية:

أولاً: كتب أدب القضاء على مذهب أبي حنيفة:

١- أدب القاضي للإمام أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم القاضي المجتهد تلميذ أبي حنيفة المتوفى سنة ١٨٢ هـ، وهو أول من صنف فيه إملاء .

يقول صاحب كشف الظنون:

"أدب القاضي على مذهب أبي حنيفة رحمه الله للإمام أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم القاضي المجتهد الحنفي المتوفى سنة اثنتين وثمانين ومائة وهو أول من

صنف فيه إملاء روى عنه بشر بن الوليد المريسي ومحمد بن سماعـــة الحنفـــي المتوفى سنة ثلاث وثلاثين و مائتين"[١].

وقام بشرح هذا الكتاب أبو جعفر محمد بن عبد الله الهندواني المتوفى سـنة ٣٦٢ من الهجرة ، و برهان الأئمة عمر بن عبد العزيز بن مـــازة المعـروف بالصدر الشهيد المتوفى سنة ٥٣٦ من الهجرة [٢] .

٢- أدب القاضي للإمام محمد بن الحسن الشيباني المتـــوفى سـنة ١٨٩ مـن الهجرة، أشار إليه عمر بن عبد العزيز بن مازة الصدر الشهيد في مواضـع عديدة من شرحه لأدب القاضي للخصاف[٣] .

٣- أدب القاضي للإمام حسن بن زياد اللؤلؤي المتوفى سنة ٢٠٤ من الهجرة، ذكره ابن نديم في الفهرست[٤].

٤- أدب القاضي لمحمد بن سماعة المتوفى سنة ٢٣٣ من الهجرة [٥].

٥- أدب القاضي للقاضي أبي حازم عبد الحميد بن عبد العزيز الحنفي المتـوفى سنة ٢٩٢ من الهجرة .

١- كشف الظنون ص٤٦ ج ١ .

٢- هدية العارفين أسماء المؤلفين و آثار المصنفين لإسماعيل باشـــا البغـــدادي ج٢ص٤٧ وج١ ص٧٨٣.

٣- انظر: شرح عمر بن عبد العزيز بن مازة ص٢٢٤ و ص٢٢٢ وص٢١٩.

٤- ص ٣٠٢.

٥- الفوائد البهية ص١٧٠ ، مفتاح السعادة ج ٢ص٢٦١.

٦- أدب القاضي لأبي جعفر أحمد بن إسحاق الأنباري المتوفى سنة ٣١٧ من الهجرة ، والكتاب لم يكتمل .

٧- أدب القاضي للإمام أبي بكر أحمد بن عمرو الخصاف المتوفى سنة ٢٦١ من الهجرة ، وهذا كتاب جامع فريد في موضوعه يشتمل على ١٢٠ باباً.

شرحه كثيرون ، منهم : الإمام أبو بكر أحمد بن علي الجصاص المتوفى سنة ٣٧٠ من الهجرة ، و الإمام أبو جعفر محمد بن عبد الله الهندواني المتوفى سنة ٣٦٢ من الهجرة ، والإمام أبو الحسين أحمد بن محمد القدوري المتوفى سنة ٤٣٨ من الهجرة ، و شيخ الإسلام علي بن الحسين السغدي المتوفى سنة ٤٦١ من الهجرة ، و الإمام شمس الأئمة محمد بن أحمد السرخسي المتوفى سنة ٤٨٣ من الهجرة ، والإمام شمس الأئمة عبد العزيز بن أحمد الحلواني المتوفى سنة ٤٥٦ من الهجرة، والإمام برهان الأئمة عمر بن عبد العزيز بن مازة المعروف بالصدر الشهيد المتوفى سنة ٥٣٦ من الهجرة ، والإمام أبوبكر محمد المعروف بخواهر زاده المتوفى ٤٨٣ من الهجرة ، والإمام فخر الدين حسن بن منصور الأوزجندي المعروف بقاضي خان المتوفى سنة ٥٩٢ من الهجرة، والإمام محمد بن أحمد القاسمي الخجندي المتوفى ٩٢٠ من الهجرة [١].

وأما شرح الصدر الشهيد رحمه الله فهو تراث ثمين كأصل الكتاب، وله نسخ مخطوطة كثيرة توجد في مختلف مكتبات العالم ، ومن حسن الحظ أن نسخة خطية من هذا الكتاب توجد في مكتبة خدا بخش بيانكي بور بتنه

١- انظر: كشف الظنون ج١ ص٤٦-٤٧.

عاصمة ولاية بيهار، تشرف بمطالعتها هذا العبد الضعيف ، ومن بواعث السرور أن الشيخ محي هلال السرحان حققه بغاية من الضبط والإتقان ، وقامت بطبعه وزارة الأوقاف العراقية.

٨- أدب القاضي و القضاء لأبي الملهب هيثم بن سليمان القيسي ، حققه فرحات الدشراوي و طبع في تونس سنة ١٩٧٠ الميلادية.

٩- أدب الحكام الكبير وأدب الحكام الصغير للطحاوي المتوفى سنة ٣٢١ الهجرية [١].

١٠- أدب القاضي لأبي حامد أحمد بن بشر المروزي المتوفى سنة ٣٦٢ الهجرية [٢].

١١- أدب القاضي للقدوري المتوفى سنة ٤٢٨ الهجرية [٣].

١٢- روضة القضاة و طريق النجاة لعلاء الدين علي بن محمد الرحبي السمناني المتوفى سنة ٤٩٩ الهجرية ، طبع هذا الكتاب بتحقيق الدكتور صلاح الدين الناهي في مطبعة أسعد ببغداد سنة ١٩٧٠م.

١٣- أدب القاضي لعمر بن شمس الأئمة بكر بن محمد بن علي الزرنجري ، عماد الدين أبو بكر البخاري المتوفى سنة ٥٤٨ الهجرية [١].

١- روضة القضاة و طريق النجاة للسمناني ص١١ ج١.

٢- البصائر و الذخائر للتوحيدي ص٨٣.

٣- هدية العارفين ص٧٤ ج١.

١٤- فصول الأحكام لأصول الأحكام لأبي الفتح عبد الرحيم ابن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني (المتوفى بعد سنة ٦٥١ الهجرية).

١٥- أدب القاضي لأبي العباس شمس الدين أحمد بن إبراهيم بن عبد الغني السروجي المتوفى سنة ٧١٠ الهجرية .

تولّى منصب قاضي القضاة بالقاهرة في سنة إحدى وتسعين وستمائة (٦٩١ هـ)، أيام الملك الأشرف خليل بن قلاوون وعزل في عهد الملك المنصور حسام الدين لاجين المنصوري، ثم فوّض القضاء بعد قتل الملك المذكور ، وله كتاب معروف في شرح الهداية (المسمى بالغاية المشهور بغاية السروجي) ولم يتم ، والحمد لله قد طبع أدب القاضي بتحقيق الشيخ شمس العارفين الصديقي بن محمد ياسين من دار البشائر الإسلامي، بيروت في ١٩٩٧م.

١٦- لسان الحكام في معرفة الأحكام لأبي الوليد ابراهيم بن محمد المعروف بابن الشحنة المتوفى سنة ٨٨٢ الهجرية. و هذا كتاب شهير طبع مع معين الحكام عدة مرات.

١٧- معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام للإمام علاء الدين أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي الحنفي قاضي القدس الشريف

١- المرجع السابق ص٧٨٥ ج١.

المتوفى سنة ٨٤٤ الهجرية[1]. هذا كتاب شهير ومتداول ، ألـف علـى منهج تبصرة الحكام للعلامة ابن فرحون المالكي في ضوء الفقه الحنفـي ، و استفاد مؤلفه من الامام القرافي وغيره من الفقـهاء علـى اختـلاف مذاهبهم .

١٨- الفواكه البدرية لبدر الدين محمد بن محمد المعـروف بـابن الغـرس المصري المتوفى ٩٣٢ الهجرية ، و ابن الغرس عالم كبير. وطبـع هـذا الكتاب مع شرحه المجاني الزهرية بمطبعة نيل مصر ، و اهتم ابن عـابدين الشامي بنقل كثير من اقتباسات هذا الكتاب .

١٩- روضة القضاة في المحاضر و السجلات لمصطفي بن محمد الرومي المتـوفى سنة ١٠٩٧ الهجرية .

٢٠- أدب القاضي لأحمد أفندي بن روح الله الأنصاري .

٢١- أدب القضاة لكامل المنلي ، طبع في قسطنطينية سنة ١٨٥١ الميلادية .

٢٢- صنوان القضاء و عنوان الإفتاء لمحمد بن محمد بن إسماعيل بـن محمـد الخطيب الأشفورقاني وهو موضوع تحقيقنا .

و ليس في اللغة الأردية كتاب مهم حول هذا الموضـوع حسـب دراستي القاصرة ، غير أن دار المصنفين بأعظم جراه قامت بطبع كتـاب

١- المرجع السابق ص٧٣٢ ج١.

وجيز في هذا الموضوع للأستاذ عبد السلام الندوي ، ولكنه يشتمل على المواد التاريخية أكثر من المباحث الفقهية .

وكانت للشيخ عبد الصمد الرحماني رحمه الله نائب أمير الشريعة الثاني للإمارة الشرعية يد طولى و براعة كاملة في الفقه الإسلامي. وكان يحتل مكانة ممتازة في البحث والدراسة ، وكان قد صنف كتاباً حول آداب القضاء ، و من المؤسف أنه لم يطبع في حياته ، ومسودة الكتاب موجودة عند ختنه الدكتور نهال أختر رئيس الكلية الملية بلهريا سرائى دربنجة بيهار (سابقاً) ، وأسأل الله أن يطبع الكتاب في القريب العاجل . وكذلك كان الشيخ الرحماني المغفور له كتب عدة مقالات حول مسائل القضاء التي طبعت مجموعتها باسم "قضايا هامة للقضاء في ضوء متطلبات العصر الحديث" ، وكذلك كتب الشيخ منة الله الرحماني -رحمه الله- أمير الشريعة الأسبق للإمارة الشرعية بولايتي بيهار وأريسة مقالات عديدة في التعريف بالقضاء و القضاة ، وقامت مكتبة الإمارة الشرعية بطبعها باسم "مكانة القضاء شرعاً و تاريخاً".

وتجري عملية ترجمة الكتب الفقهية القديمة إلى الأردية في باكستان، وقد تم نشر كتاب أدب القاضي للدكتور محمود أحمد غازي وفيه ترجمة كمية كبيرة من الكتب الفقهية القديمة مع العناوين ، وهو كتاب مفيد جدير بالمطالعة ، نشره مجمع البحوث الإسلامية بالجامعة الإسلامية العالمية بإسلام آباد .

ثانياً: كتب أدب القضاء على مذهب الإمام مالك:

وللفقهاء المالكية كتب هامة في القضاء أذكر قائمتها فيما يلي:

١- آداب القضاء لأبي عبد الله أصبغ بن الفرج المتوفى سنة ٢٢٥ الهجرية .

٢- أدب القضاة لمحمد بن عبد الله بن عبد الحكم المتوفى سنة ٢٨٢ الهجرية .

٣- الأقضية لأبي القاسم أحمد بن محمد بن زياد المعروف بابن شبطون اللخمي المتوفى سنة ٣١٢ الهجرية .

٤- الاستغناء في أدب القضاء لأبي القاسم خلف بن مسلمة بن عبد الغفور المتوفى سنة ٤٤٠ الهجرية .

٥- سر السراة في أدب القضاء للقاضي عياض اليحصبي المتوفى سنة ٥٥٤ الهجرية .

٦- أدب القضاء لعبد المنعم بن محمد بن فرس الغرناطي المتوفى سنة ٥٩٧ الهجرية.

٧- تبصرة الحكام في أصول الأقضية و مناهج الأحكام للقاضي برهان الدين إبراهيم بن علي بن أبي القاسم بن محمد بن فرحون المالكي المتوفى سنة ٧٩٩ الهجرية . هذا كتاب فريد في موضوعه لشموله واستناده وحسن ترتيبه وسلاسة تعبيره ، طبع بمطابع الحلبي بالقاهرة على هامش فتاوى الشيخ عليش المالكي (سنة ١٩٥٨م /١٣٧٢هـ) .

٨- العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام لابن سلمون المالكي .

٩- تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام لقاضي الجماعة أبي بكر محمد بن محمد بن عاصم المالكي القيسي (سنة ٨٢٩ هـ) .

١٠- المفيد للحكام فيما يعرض لهم من نوازل الأحكام للقاضي أبي الوليد هشام بن عبد الله الأزدي المالكي المتوفى (سنة ٦٠٦ هـ).

١١- أقضية رسول الله ﷺ للشيخ عبد الله بن محمد بن فرح المالكي القرطبي المعروف بابن الطلاع المتوفى سنة ٦٧١هـ، وطبع هذا الكتاب بتحقيق الدكتور ضياء الرحمن الأعظمي المدرس بالجامعة الإسلامية بالمدينة .

١٢- كتاب الأحكام في الفرق بين الفتاوى والأحكام وتصرفات القاضي والإمام للإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي القرافي المتوفى سنة ٦٨٤هـ ، والكتاب يبحث عن أربعين مسئلة بحثاً شاملاً مستفيضاً ، قام بطبعه فضيلة شيخنا المحترم الشيخ عبد الفتاح أبوغدة بتعليقاته المفيدة، واستفدت كثيراً من هذا الكتاب .

ثالثاً: كتب أدب القضاء على مذهب الإمام الشافعي:

١ - ينسب إلى الإمام محمد بن إدريس الشافعي نفسه -رحمه الله- كتاب في هذا الموضوع ذكره ابن النديم في الفهرست (ص٣١٠).

وذكر الحاجي خليفة في كشف الظنون والسبكي والشيرازي في الطبقات مؤلفات كثيرة للفقهاء الشافعية حول موضوع أدب القضاء، أذكر قائمتها فيما يلي:

٢ – أدب القاضي لأبي عبيد قاسم بن سلام المتوفى سنة ٢٢٤هـ.

٣ – أدب القاضي للإمام أبي بكر محمد بن علي القفال الشاشي رحمه الله المتوفى سنة ٣٦٥ هـ.

٤ – أدب القاضي لأبي العباس أحمد بن أحمد المعروف بابن القاص الطبري المتوفى سنة ٣٣٥ هـ.

٥ – أدب القضاء لأبي سعيد حسن بن أحمد الأصطخري المتوفى سنة ٣٢٨ هـ ، كتب الحاجي خليفة عن هذا الكتاب أنه ظل شهيراً ومتداولاً بين الفقهاء الشافعية و ليس لأحد مثله[1].

٦ – أدب القضاء لأبي بكر محمد بن أحمد المعروف بابن الحداد المتوفى سنة ٣٤٥ هـ.

٧ – أدب القضاء لأبي الحسن علي بن أحمد بن محمد الرتبلي (كشف الظنون منقولاً عن السبكي) .

٨ – أدب القاضي لأبي عاصم محمد بن أحمد العبادي الهروي المتوفى سنة ٤٥٨ هـ ، قام بشرحه تلميذ المؤلف أبو سعد بن أبي أحمد بن محمد بن أبي يوسف الهروي المتوفى سنة ٥١٨ ، ولعل اسم هذا الشرح "الإشراف على غوامض الحكومات".

٩ – أدب القضاء لأبي المعالي مجلّى بن جميع قاضي مصر المتوفى سنة ٥٥٠ هـ.

١– كشف الظنون ص٤٧٢ ج ١.

١٠- أدب القضاء لأبي إسحاق إبراهيم بن عبد الله المعروف بابن أبي الـــدم الحموي المتوفى ٦٤٢ هـ ، وهذا كتاب فريد في موضوعه ، حققــه و علق عليه الشيخ محي هلال السرحان ، ونشرته محكمة الأوقاف بالعراق.

١١- أدب القاضي للقاضي زكريا بن محمد الأنصاري البصري المتوفى ســنة ٩١٠ هـ.

١٢- أدب القاضي لجلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي المتوفى سنة ٩١١ هـ.

١٣- أدب القاضي لأبي محمد الحسن بن أحمد المعروف بـــالحداد البصــري الشافعي، ذكر الحاجي خليفة أن لهذا الكتاب ذكــراً في شرح الرافعــي في كتاب الأقضية ، والكتاب دليل على فضل مؤلفه كما ذكــر أبــو إسحاق الشيرازي (ص ٤٧ ج١) .

١٤- أدب القضاء لأبي الحسن محمد بن يحيى بن سراقة العامري المتوفى ســنة ٤١٠هـ .

١٥- أدب القضاء لأبي منصور عبد القاهر بن ظاهر البغدادي المتــوفى ســنة ٤٢٩ هـ.

١٦- أدب القاضي لعلي بن محمد بن حبيب الماوردي المتوفى ســنة ٤٥٠ هـ ، وإن الإمام الماوردي الشافعي قاضي القضاة إمام بارع في نظام الحكومـة الإسلامية وقوانين العدل ، وهذا الكتاب في الأصل جزء مـــن كتابـه العظيم "الحاوي الكبير" الذي كانت نسخه الخطية منتشرة في العـالم ،

وجزى الله الشيخ محي هلال السرحان الذي حققه وعلق عليه تعليقاته القيمة و طبعته وزارة الأوقاف بالعراق في جزأين .

١٧- روضة الحكام و زينة الأحكام للقاضي أبي نصر شريح بن عبد الكريم بن أحمد الروياني المتوفى سنة ٥٥٠ هـ.

١٨- أدب القاضي لأبي سعد السمعاني عبدالكريم بن محمد المتوفى سنة ٥٦٢ هـ.

١٩- ملجأ الحكام عند التباس الأحكام لأبي المحاسن يوسف بن رافع الأسدي المتوفى سنة ٦٣٢ هـ.

٢٠- أدب القضاة لشرف الدين أحمد بن مسلم بن سعيد القرشي الملحي الدمشقي المتوفى سنة ٧٩٣ هـ.

٢١- أدب الحكام في سلوك طرق الأحكام لشرف الدين عيسى بن عثمان الغزي المتوفى سنة ٧٩٩ هـ.

٢٢- توقيف الحكام على غوامض الأحكام لشهاب الدين أحمد بن العماد الأقفهسي المتوفى سنة ٨٠٨ هـ.

٢٣- جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود لشمس الدين محمد بن أحمد المنهاجي الأسيوطي ، قامت مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة بطبع هذا الكتاب في مجلدين سنة ١٩٥٥م .

٢٤- أدب القاضي لجلال الدين محمد بن أحمد المعروف بالمحلي المتوفى سنة ٨٩٠ هـ.

رابعاً: كتب أدب القضاء على مذهب الإمام أحمد بن حنبل:

لم أعثر على كتاب خاص للفقهاء الحنابلة حول هذا الموضوع ولكن يجدر بنا أن نذكر في هذا الصدد كتاب "الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لمؤلفه

الشهير العلامة أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي المعروف بـ"ابن القيم" و "إعلام الموقعين" للمؤلف نفسه.

خامساً: كتب أدب القضاء في المذاهب الفقهية الأخرى:

ذكر ابن النديم في الفهرست (ص ٣١٨) "أدب القاضي" لإمام الفقه الظاهري داود بن علي بن خلف الأصفهاني المتوفى سنة ٢٧٠ هـ، كما ذكر ابن النديم كتاب "أدب القاضي" للإمام ابن جرير الطبري المتوفى سنة ٣١٠ هـ، و كتاب "المحاضر والسجلات" لأبي الفرج المعافي بن زكريا النهرواني المتوفى سنة ٣١٠ هـ، وكتاب القضايا وآداب الحكام لأبي النضر محمد بن مسعود العياشي المتوفى ٣٢٠ هـ في الفقه الزيدي (مقدمة الشيخ محي هلال السرحان على أدب القضاء لابن أبي الدم) .

الباب الثاني

في مصنف الكتاب وذكر الحالة السياسية والعلمية في عهده

الفصل الأول

الحالة السياسية في عهد المصنف

إن الفترة الزمنية التي عاشها المصنف رحمه الله هي فترة عصيبة جداً ، الفترة التي كثر فيها الهرج والمرج على الصعيد السياسي ، وقل الاستقرار والأمن ، بل هي الفترة التي تعد نعياً على الأمة الإسلامية في تاريخها الطويل المجيد ، ظهرت فيها فتنة التتار التي كانت كريح صرصر في يوم عاصف ، ما أتت على شيء إلا و دمرته تدميراً وجعلته هباء منثوراً ، سقطت رقعة كبيرة من بلدان الإسلام من أقصى الصين إلى بلاد ماوراء النهر وطخارستان وكابل وغور وغزنة وخراسان وطبرستان وديار بكر وموصل حتى حدود الشام وروم في أيدي التتار ألد أعداء الإسلام والمسلمين ، وهذه البلدان كانت معمورة بأعاظم البارعين والعباقرة في شتى العلوم الإسلامية ، وكانت لها مساهمات جليلة و عظيمة في مجالات العلوم والفنون والحضارة، ولكن الفتنة التي أتت عليها دكت معالم الحضارة الإسلامية الزاهرة ، وخربت المدن وحرقت المكتبات ، وأبادت المزروعات ، وسفكت الدماء ، وقضت على الحياة الإنسانية فيها ، وأوج هذا التدمير والإبادة الشاملة كان تدمير مدينة "بغداد" عاصمة الخلافة العباسية عام ٦٥٦ هـ ، وهي المدينة التي كانت زاخرة بالأئمة العظام ، والعلماء الكرام ، والمهرة البارعين في كل فن من الفنون،

نزلت المصيبة العظيمة على المدينة وأهلها فما بقيت فيها إلا دماء سائلة وأرمدة الحروقات السوداء ، واحتفظ التاريخ بالحادثة كعلامة للهمجية والبربرية والفظاظة والقسوة والغلظة وسفك الدماء .

فتنة التتار بدأت بقيادة جنكيز خان تدك المعالم الإسلامية ، وتقوم بالفتك والسفك في بداية القرن السابع الهجري ، وجعل هذا المدّ التتري يتوغل في حواضر ومدن البلاد الإسلامية ، فدخلت الجحافل التترية في بخارى في غرة ذي الحجة عام ٦١٦ هـ و قتلت أهاليها يوم النحر ، وحرقت البيوت والمكتبات فيها ، واحتلت سمرقند في العاشر من شهر محرم عام ٦١٧ هـ وفعلت بها فعلها ، وفي نفس العام سقطت مرو ونيشافور ، إلى أن تم احتلال التتار لبلاد خراسان وما حولها، ووقع من سفك الدماء وهتك الأعراض والتحريق والتدمير ما يعجز القلم عن تصويره، كم من المسلمين ما بين العلماء الأفذاذ والفضلاء الأخيار والشيوخ والأطفال قتّلوا تقتيلاً ، وكم من مصنفات جليلة وكتب مهمة وتراث علمي قيم حرّقت تحريقاً ، وكم من بيوتات ومساكن بل مدن وقرى خرّبت ودمّرت تدميراً ، لقي الشهادة على أيدي التتار عدد لا يأتيه الحصر ، وفرّ من استطاع إلى بلدان أخرى.

قيام حكومة دلهي:

هذه الحقبة التاريخية التي شهدت سقوط الخلافة العباسية ودمار البلدان الإسلامية، قامت في هذه الفترة في الهند حكومة دلهي قبل نصف قرن من سقوط بغداد ، ابتدأت حكومة دلهي بدولة المماليك التي أسسها الملك قطب الدين أيبك الذي كان مملوكاً للملك شهاب الدين محمد الغوري ، وكان

الملك شهاب الدين الغوري لما انتصر على الهنود عام ٥٨٨ هـ واقترب من دلهي ، أقطع ذلك لمملوكه قطب الدين أيبك وجعله نائباً له في الهند وعاد إلى غزنة في عام ٥٨٩ هـ، دخل قطب الدين أيبك دلهي وجعلها مقر حكمه ، ولما توفي الملك شهاب الدين محمد الغوري وكان أعتق مملوكه قطب الدين أيبك فجلس قطب الدين على كرسي المملكة بلاهور في عام ٦٠٢ هـ الموافق ١٢٠٦م ، وهكذا صار قطب الدين أيبك أول ملك مستقل على بلاد الهند ، وتأسست حكومة المماليك في دلهي ، حكم قطب الدين أيبك أربعة أعوام كملك مستقل وتوفي في عام ٦٠٧ هـ الموافق ١٢١٠م ، وهو الذي أسس مسجد "قوة الإسلام" في دلهي ، مسجد شهير له منارة معروفة في العالم باسم "منارة قطب الدين" ولم يكمله فأتمه بعده الملك شمس الدين ألتمش ، بعد وفاة قطب الدين تولى مكانه ابنه آرام شاه ، ولكن أحد مماليك قطب الدين المدعو شمس الدين ألتمش استقل بملك مدينة دلهي في نفس العام ٦٠٧ هـ، وحكم شمس الدين ألتمش طويلاً بسياسة محنكة ، وأرسى دعائم الدولة وقضى على الفوضوية ، فعم الأمن وساد العدل في عهده ، وهو الذي استطاع أن يصمد أمام المدّ المغولي الذى كان يزحف على العالم الإسلامي وينزل الويلات والنكبات بأهله ومعالمه ، إنه وقف في وجهه وغيّر وجهته بل أخمد شوكته ونجح في الذود عن بلاد الهند نجاحاً مجيداً ، وحكم البلاد حوالى ست وعشرين سنة ومات في دلهي سنة ٦٣٣ هـ الموافق ١٢٣٦م ، وعندئذ كانت الهند كلها تحت حكم إسلامي آمن.

ولعل المصنف رحمه الله الذي هاجر من خراسان بعد فتنة تتار دخل في الهند في عهد الملك شمس الدين ألتمش ، لأنّ الهند في عهده كانت مصونة ومحفوظة من فتنة التتار ، وكان ألتمش يهتم ويعتني بالعلم والأدب وأهله ، ويقوى ذلك أن بلاد خراسان وقعت بأيدى التتار بعد عام ٦١٧ هـ ، ويغلب الظن أن المصنف غادر بلاده بعد الفتنة، وفي هذه الفترة كان شمس الدين ألتمش حاكماً على دلهي وكان عهده مأموناً ، الأمر الذي جلب العلماء من أقطار العالم الإسلامى إلى دلهي.

بعد وفاة الملك شمس الدين ألتمش في عام ٦٣٣ هـ الموافق ١٢٣٦م خلفه ابنه ركن الدين فيروز شاه ولكنه قتل بعد ستة أشهر من حكمه ، وبويعت رضية بنت ألتمش في عام ٦٣٤ هـ وحكمت ثلاث سنوات ثم خلعت رضية في عام ٦٣٧ هـ الموافق ١٢٣٩م وبويع أخوها معز الدين بهرام شاه بن ألتمش في نفس العام ، ولكن الملك معز الدين كان أسيراً بأيدى أمرائه الذين نصبوه ملكاً ، فكانوا هم يحكمون البلاد وراء ستار الملك فلم يستقر الأمر ، وفي عام ٦٣٩ هـ الموافق ١٢٤١م ثار الأمراء على معز الدين بهرام شاه بن ألتمش وقتلوه وولوا علاء الدين مسعود شاه بن ركن الدين فيروز شاه بن شمس الدين ألتمش وقسموا المناصب العليا فيما بينهم ، وبعد أربعة أيام من نصب الملك علاء الدين مسعود شاه قدّم قاضي القضاة آنذاك الشيخ منهاج الدين بن سراج الدين استقالته من منصبه ، وبقي المنصب شاغراً مدة ست وعشرين يوماً، وفي ٤ ذي الحجة لعام ٦٣٩ هـ الموافق ٥ يونيو ١٢٣٢م نصب المصنف القاضي عماد الدين محمد الأشفورقاني قاضي القضاة في دلهي ، وظل

شاغلاً المنصب سبع سنوات وخمسة أيام ثم عــزل عــن منصبــه في ٩/ ذي الحجــة ٦٤٦ هـ الموافق ٢٥/ مارس ١٢٣٩م في عهد الملك نــاصر الديــن محمود شاه.

حكم الملك علاء الدين مسعود شاه أربعة أعوام ثم أسر في ٢٣ محـرم ٦٤٤ هـ الموافق ١٠ يونيو ١٢٤٥م ، ومات أسيراً ، ونصب الأمراء بعده عمه نـاصر الدين محمود شاه بن شمس الدين ألتمش في نفس العام ، وفي عهده رُقّي الأمـير غياث الدين بلبن وتغلب على غيره من الأمراء ، وتقلب في عديد من المنـاصب حتى أصبح رئيس الوزراء ، وسعى سعياً جباراً للاستقرار في البلاد ونجــح في ذلك، لذلك طال عهد الملك ناصر الدين محمود حيث حكم عشرين عاماً، ولما توفي في سنة ٦٦٤ هـ الموافق ١٢٦٦م انتخب غياث الدين بلبن ملكــاً للهند.

هذه النظرة السريعة على مجريات الأمور في المجال السياسي لعهد المصنــف رحمه الله تكشف لنا جلياً أن الوضع لم يكن هادئاً ومستقراً ، فقد ســلف أن الملك شمس الدين ألتمش مات في ٢٠ شعبان ٦٣٣ هـ الموافــق ٢٩/ إبريــل ١٢٣٦م ، وخلع علاء الدين مسعود شاه في ٢٣/ محـرم ٦٤٤ هـ الموافــق ١٠/ يونيو ١٢٤٥م ، وخلال عشرة سنوات وخمسة شهور فقط جلس علــى كرسى الحكومة أربعة ملوك في جانب، وفي جانب آخر ذهب معظم أفــراد عائلة ألتمش ضحية الصراعات والتقلبات السياسية ، ولم يلق أولئك الملــوك موقهم الطبيعى، وفي ذلك دليل واضح على تضعضع الوضع السياسي في البلاد، واستتب الأمر لمدة في عهد السلطان ألتمش ثم تزعزع حتى اســتقر في عــهد

ناصر الدين محمود شاه، ولكن المصنف رحمه الله لم يبق بعد سنتين من عـــهد الملك ناصر الدين محمود شاه حيث عزل عن منصبه في عام ٦٤٦ هـ ولعلــه في نفس العام انتقل إلى رحمة الله.

الفصل الثاني

الوضع العلمي في عهد المصنف

ينتمي المصنف رحمه الله إلى بلاد خراسان ، ومن المعروف أن لبلاد خراسان وما وراء النهر مساهمات جليلة وقيمة في إثراء المكتبة الإسلامية بثروات علمية غزيرة ، فقد أنجبت هذه القطعة الأرضية كبار العلماء الأفذاذ والمصنفين الذين لهم آثار علمية خالدة ، ويرجع تاريخ هذه المفخرة إلى القرن الثالث الهجري ، وبقيت سلسلة خدمة العلوم والإسلام في المنطقة إلى أوائل القرن السابع الهجري حيث بدأت فتنة التتار تعبث بالمنطقة وأهاليها العظماء وتقضي على الثروات العلمية والكنوز القيمة ، فلم يبق لأهل المنطقة التواصل في الخدمات العلمية الجليلة ، واضطر العلماء إلى مغادرة أوطانهم والهجرة إلى أماكن مأمونة.

في هذه الحقبة التاريخية هاجر كثير من العلماء الأفذاذ إلى ملتان ولاهور ، ثم إلى دلهي عاصمة الحكومة الهندية ، حيث كان فيها الأمن والإمكانية للقيام بخدمات العلم والدين ، فلما تأسست حكومة دلهي وأصبحت مدينة دلهي عاصمة الحكومة ومقراً لها ازداد التوجه نحوها وازدانت المدينة بكبراء وفضلاء الدهر في العلوم والفنون المختلفة ، وأنشأت مراكز علمية ، ففي عهد الملك قطب الدين أيبك أقيمت مدارس ، كما كانت هناك مدرستان شهيرتان: المدرسة المعزية والمدرسة الناصرية في عهد الملك شمس الدين ألتمش ، وكان

العالم الشهير القاضي منهاج الدين بن سراج الدين عميداً لهما ، ووجد في هذا العصر عدد صالح من العلماء والفقهاء والشعراء والمؤرخين والمصنفين الذين تركوا لنا مصنفات قيمة في مختلف العلوم والفنون ، فمن المؤرخين المشهورين القاضي الشهير منهاج الدين بن سراج الدين الذي صنف كتابه الشهير بالفارسية باسم "طبقات ناصري" وأتمه في عام ٦٥٨ هـ ، والشيخ نظام الدين حسن نيشافوري ، وله كتاب باسم "تاج المآثر" يشتمل على تاريخ الملك قطب الدين والملك شمس الدين ألتمش، والشيخ فخر الدين مبارك شاه المعروف بـ "فخر مدبر" له كتاب "سلسلة الأنساب" وكتاب آخر له في فنون الحرب باسم "آداب الحرب" بالفارسية ، والشيخ سعيد الدين محمد عوفي ، له كتاب "جوامع الحكايات" ومن العلماء والفقهاء العالم الكبير الشهير المحدث الجليل الإمام رضي الدين بن حسن بن محمد الصغاني ، له كتاب ذائع الصيت في الحديث باسم "مشارق الأنوار" ومن كتبه الأخرى حديث المصطفي والشمس المنير والعباب الذاخر وغيرها ، والعالم الشيخ شهاب الدين البدايوني والعلامة الكبير برهان الدين محمود بن أبو الخير السعد البلخي ، والعلامة الشيخ نجم الدين عبد العزيز بن محمد دمشقي دهلوي ، والعالم الجليل الشيخ شمس الدين الخوارزمي ، والشيخ العالم الفقيه برهان الدين بزاز الحنفي الدهلوي، والشيخ العالم برهان الدين النسفي ، والقاضي شمس الدين بهرائجي والقاضي فخر الأئمة الشيخ حميد الدين ناغوري والشيخ نظام الدين الغزنوي والقاضي قطب الدين كاشاني والقاضي رفيع الدين والقاضي

ركن الدين السامانى والشيخ زين الدين بدايوني والشيخ سراج الدين ترمذي والشيخ الفقيه سديد الدين دهلوي والشيخ شرف الدين ولوالجي والقاضي ظهير الدين دهلوي وغيرهم من العلماء[1].

يتضح من هذا أن هذا العصر المتدهور سياسياً كان راقياً في المجال العلمي فقد وجد فيه عدد كبير جداً من العلماء الأفاضل والفضلاء الكبار والصلحاء الأكارم والبارعين في الفنون المختلفة في العالم الإسلامى عامة ، وفي الحكومة الإسلامية الهندية بالأخص ، فقد ذكر صاحب كتاب "فقهاء الهند"[2] الشيخ محمد إسحاق تراجم فقهاء الهند في مختلف القرون ، فأوصل عدد الفقهاء الكبار في الهند في القرن السابع الهجري فقط إلى خمس وخمسين.

فالوضع العلمي في عهد المصنف رحمه الله كان على مستوى راق، كثرت فيه النشاطات العلمية ، وصنّفت الكتب الكثيرة ، ولم يتغلب الوضع السياسي المتزعزع على الفعاليات العلمية والتصنيفية.

١- توجد تراجم معظم العلماء المذكورين أعلاه في نزهة الخواطر للعلامة عبد الحى رحمه الله.

٢- ط - الأولى بلاهور ١٩٧٤م.

الفصل الثالث

حياة المصنف رحمه الله

من المؤسف جدا أن حياة المصنف رحمه الله غامضة علينا إلى حد كبير ، لم يكتب المصنف رحمه الله عن حياته ، كما لم يترجم له المترجمون بتفصيل يمكننا به الاطلاع على مراحل حياته من الولادة والتعليم الابتدائي ثم التعليم العالي والتربية والتثقف بثقافة العصر والتضلع بعلوم الفقه والفتيا والقضاء ، ثم ما واجه المصنف في حياته من أحداث ونكبات وفتن دفعته إلى مغادرة وطنه ، وهجرته إلى بلاد نائية من بلده ، وهل كانت هجرته مع أهله وأسرته ، ومتى قام بالهجرة وكيف وصل إلى دلهي ، وكيف كانت أحواله فيها ، ثم ما هي الخدمات العلمية والنشاطات الأخرى له ، ثم كيف كانت وفاته رحمه الله ، إن هذه التفاصيل كلها ليست متوفرة لدينا الآن ، اللهم بعض المعلومات القليلة المبعثرة في ثنايا بطون الكتب المختلفة ، نذكرها عزوا إلى من ذكروها فيما يلي، وهي ليست بقدر يقدم لنا صورة حياة المصنف رحمه الله بكاملها أو بترتيب مراحلها.

ترجم للمصنف رحمه الله صاحب نزهة الخواطر العلامة الحكيم عبد الحي رحمه الله في الجزء الأول منه ، وهو ما يلي:

"الشيخ العالم الفقيه القاضي عماد الدين محمد الأشقورقاني أحد الفقهاء المشهورين في الهند ولي قضاء الممالك بحضرة دهلي في رابع ذي الحجة سنة تسع وثلاثين وستمائة في أيام مسعود شاه فاستقل به زمانا ، واتهم بأمر وعزل عن القضاء يوم الجمعة تاسع ذي الحجة سنة ست وأربعين وستمائة ،

وأحرج إلى بدايون في أيام السلطان ناصر الدين محمود ، ثم قتل بأمر عماد الدين ريحان الحاجب يوم الإثنين ثاني عشر من ذي الحجة سنة ست وأربعين وستمائة ، كما في طبقات ناصرى[1].

أما صاحب طبقات ناصري العلامة منهاج الدين بن سراج الدين الجوزجاني الذي هو معاصر للمصنف رحمه الله، وبعد استقالته من منصب قاضي الممالك نصب المصنف على المنصب ، فهو بهذا ليس خبيرا بالمصنف رحمه الله فقط ، بل كلاهما من الممارسين لسلطة قاضي القضاة في عصر واحد، ولكن العلامة منهاج الدين بن سراج الدين لم يتناول ذكر جوانب حياة المصنف حتى لم يسلط أي ضوء على عهد قيامه بمنصب قاضي القضاة ، وكل ما يوجد من ذكر عن المصنف في مقدار سطرين أو عدة أسطر في الأماكن المختلفة من الكتاب لا يحصل منه إلا قدر ضئيل جدا حول حياة المصنف ، وهو ما ذكره صاحب "نزهة الخواطر" فيما سبق.

في مسيرة البحث عن معلومات حول حياة المصنف وجدنا ذكر المصنف في بعض الكتب المؤلفة باللغة الإنجليزية والأردية على تراجم فقهاء الهند أو على ذكر الخدمات العلمية في تلك الحقبة التاريخية ، فقد وجدنا ذكر المصنف في كتاب "أساس الحكومات المسلمة في الهند" المكتوب بالإنجليزية والمترجم إلى الأردية للسيد حبيب الله[2]، وفي كتاب "تاريخ شامل للهند" بالإنجليزية

١- ١/١٧٤.

٢- ص ١٥٧ ، ط - الأولى بدلهي ١٩٨٤.

للبروفيسور محمد حبيب والبروفيسور خليق أحمد نظامي[1] ، كما وجدنا ذكره في حدود سطرين في كتاب "تاريخ فرشته" بالفارسية ، ولكن المعلومات الموجودة في هذه الكتب كلها لا تزيد على ما ذكره صاحب "طبقات ناصري" ولو كلمة ، ولعل هذه الكتب كلها أخذ أصحابها من كتاب "طبقات ناصري" نفسه .

هذا وقد عثرنا على بعض المعلومات الأخرى عن المصنف في فواتح النسخ الخطية للكتاب ، فقد توافرت لدينا ولله الحمد ثلاث نسخ خطية للكتاب ، كما اطلعنا على نسخة رابعة له كذلك ، وكل ما حصل من هذه النسخ الخطية للكتاب حول المصنف رحمه الله من المعلومات الضئيلة والقليلة نحاول في ضوئها رسم صورة لحياة المصنف حسب الإمكانية.

اسم المصنف ونسبه ونسبته:

هو محمد بن محمد بن إسماعيل بن محمد الخطيب الأشفورقاني ، هكذا ذكر في النسخة الخطية الأولى لمكتبة خدا بخش (التي وضعنا لها علامة "ألف" وهي التي اعتمدناها في التحقيق كما سيأتي تفصيله) والنسخة الخطية الثانية لمكتبة خدا بخش (التي نرمز إليها بعلامة "ب") ورد في فاتحتها: "الصدر الإمام ملك القضاة و الحكام صدر صدور الإسلام عماد الحق والدين أبو الملوك والسلاطين أعظم صدور الدهر أكرم علماء ماوراء النهر أبو المحامد محمد بن

١- ص ٢٥٠ ، ٢٥٩.

محمد بن إسماعيل بن الخطيب الأشقـورقـاني"[1]، و في النسخـة الآصفيـة (أي نسخة المكتبة الآصفية لحيدرآباد التي نرمز إليها بعلامة "ج") ورد اسـم المصنف ونسبه: "الصدر الإمام ملك القضاة والحكام صدر صدور الإسـلام عماد الحق والـدين أبو المـلـوك والسـلاطـين أعـظـم صدور الدهـر أكرم علماء ماوراء النهر أبو المحامد محمـد بن محمد بن إسماعيل بـن محمـد الخطيب الأسقورقاني"[2]، و النسخة الخطية الرابعة (أي نسـخة مكتبـة دار العلوم بديوبند التي نرمز إليها بعلامة "د") تذكر بأنه "عماد الحق و الدين أبو المحامد محمد بن محمد إسماعيل الخطيب الأسقورقاني"[3].

أما نسبته "الأشفورقاني" (بالهمزة ثم الشين المعجمة ثم الفاء ثم الواو والـراء ثم القاف مع الألف ثم النون مع الياء) فهي نسبة إلى "أشفورقان" بفتح الهمـزة و ضم الفاء من قرى مرو الروذ و الطالقان ، يقول صاحب معجم البلـدان:

١- يلاحظ الفرق بين نسخة " أ " و نسخة "ب" في ثلاثة مواضع ، نسخة "ب" تزيـد كنيته "أبو المحامد"، و لاتذكر لفظ "محمد" قبل لفظ "الخطيـب"، وتذكـر النسبة "الأشقورقاني" بالقاف بعد الشين (مكان الفاء).

٢- نسخة "ج" توافق نسخة "ب" في ذكر الكنية و توافق نسخة " أ " في ذكـر لفـظ "محمد" قبل لفظ "الخطيب" و لكن تفارق النسختين في النسبة فتذكر "الاسـقورقاني" بالسين المهملة قبل القاف .

٣- نسخة "د" تفارق النسخ الثلاث في نسب المصنف فلا تذكر لفظ "بن" قبـل اسـم إسماعيل و لا بعده ، و توافق نسخة "ج" في النسبة .

"أشفورقان" من قرى مرو الروذ والطالقان ، فيما أحسب ، منها: عثمان بن أحمد بن أبي الفضل أبو عمرو الأشفورقاني الحصري"[1].

ومن الملاحظ أننا نجد اختلافاً في تلفظ نسبة المصنف عند الذين ذكروها ، ونذكر فيما يلي هذا الاختلاف مع عزو كل تلفظ إلى من ذكره.

١- **الأشفورقاني** (بالفاء قبل الواو).

أ - في النسخة الخطية المعتمدة لدينا "ألف" لمكتبة خدا بخش .

ب - في الفهرس لمخطوطات مكتبة خدا بخش.

ج - لها ذكر في كتاب معجم البلدان كما سبق.

٢- **الأشقورقاني** (بالقاف مكان الفاء).

أ - في النسخة الخطية الثانية "ب" لمكتبة خدا بخش.

٣- **شفورقاني** (بدون الهمزة و بالفاء قبل الواو).

أ - في "طبقات ناصري" الفارسية، و صاحبها معاصر للمصنف.

ب - في كتاب "تاريخ شامل للهند" بالإنجليزية للبروفيسورين محمد حبيب و خليق أنجم .

٤- **الشقورقاني** (بدون الهمزة و بالقاف قبل الواو).

أ - في كتاب "نزهة الخواطر" للعلامة عبد الحي.

٥- **الأسقورقاني** (بالسين المهملة ثم القاف قبل الواو).

١- ص ٢٣٥ .

أ – في النسخة الخطية "ج" للمكتبة الآصفية بحيدرآباد.

ب – في النسخة الخطية "د" لمكتبة دار العلوم بديوبند.

ج – في هدية العارفين لإسماعيل باشا البغدادي.

د – في إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون له.

و لعل الراجح من هذه الأشكال المختلفة لتلفظ النسبة للمصنف هو الأول منها أي "الأشفورقاني" (بالهمزة و الشين المعجمة ثم الفاء قبل الواو) وذلك لأن هذا التلفظ موجود في معجم البلدان وأنه من قرى مرو الروذ و الطالقان ، و يظهر مما كتب المصنف في فاتحة كتابه -كما سيأتي- أنه وقع في أرض الهند بعد طلوع كواكب المصائب وهطول سحائب النوائب في بلاد خراسان ، التي منها أشفورقان، حسب ذكر صاحب معجم البلدان ، و يقترب من هذا تلفظ "شفورقاني" الذي ذكره صاحب كتاب "طبقات ناصري" ، وصاحب هذا الكتاب معاصر للمصنف ، و لايخفي ما للمعاصرة من الأهمية في الإطلاع الصحيح على صحة الأسماء و النسبة .

ومن الذكر الممتع في هذا المقام أن لدينا ترجمة أردية لكتاب "طبقات ناصري" قام بترجمتها الشيخ مولانا غلام رسول مهر وقام بالتعليقات المفيدة والحواشي القيمة عليها البروفيسور حبيبي قندهاري، ونجد في هذه الترجمة الأردوية في ذكر الطبقة الثانية عشرة عند بيان المناوئات العسكرية التي دارت بين السلطان مسعود بن السلطان محمود الغزنوي ، وبين الأمير داود بن ميكائيل السلجوقي في بلاد خراسان ، أن "الأمير داود وصل مع جنوده من

شفورقان إلى عليا باد (بلخ) ودارت الحرب بين جنوده وجنـــود السـلطان مسعود الغزنوي"، وعلى هذه الجملة وضع تعليق في الهامش ، وهذه ترجمـة التعليق: "شفورقان أو شفرقان هو الموضع الذي يقال له اليوم عامة "شـبرغان" وتقع "شبرغان" على مسافة ثلاث وتسعين ميلاً من بلخ على الطريق الذاهـب منها إلى هرات، وهي في المنطقة الشمالية لأفغانستان"[1].

ولادته و موطنه:

لا نعرف شيئاً عن عام ولادة المصنف و لم يذكره أحد من المترجمين لـــه ويظن أنه ولد في أواخر القرن السادس الهجري .

أما موطن المصنف فكما هو ظاهر من نسبته أنه من قرية "أشفورقان" التي هي من قرى مرو الروذ و الطالقان في بلاد خراسان، ولكنه لم يمكث في وطنه إلى آخر حياته ، فإنه اضطر إلى مفارقة وطنه عندما نزلت بها نكبات التتـار ، ونزل بالهند وعاش فيها إلى أن انتقل إلى رحمة الله .

حياته إجمالاً:

مما لاشك فيه أن المصنف كان من العلماء الكبار والفقهاء المرموقـين في الهند ، وكانت له نشاطات علمية وفقهية لم تتأثر بالمصائب والنـوازل الـتي حلت به وبموطنه ، ويدل على مكانتـه المرموقة وشهرته العلمية أنه نصـب

١- انظر: الترجمة الأردية لطبقات ناصري للشيخ غلام رسول مهر ، ٤٥٠/١ طبعة لاهور عام ١٩٨٦م.

قاضي الممالك لحكومة إسلامية واسعة الأرجاء ، وفي عهد ذاخر بالعلماء الكبار والفضلاء العظام ، كما يشهد عليها كتابه الذي نقوم بتحقيقه .

ومن المؤسف أننا لا نعرف عن مراحل حياة المصنف وعن شيوخه وعن تلامذته شيئاً ، كما لا نعرف بالضبط العام الذي هاجر فيه المصنف إلى الهند ، ومتى وصل إلى دلهي ، وكيف كانت أحواله حتى ولا نعرف شيئاً عن أسرته وحياته العائلية .

توليته منصب قاضي القضاة:

اتفق المترجمون له وكل من ذكر كتابه أنه نصب قاضي القضاة في عهد الملك علاءالدين مسعود شاه بن الملك ركن الدين فيروز شاه ، وذلك في رابع ذي الحجة سنة تسع وثلاثين وستمائة (٦٣٩ هـ الموافق ٥/ يونيو ١٢٤٢م) وهو منصب جليل رفيع القدر، وبقي في منصبه مدة صالحة من الزمن ، استغرقت عهد الملك الذي ولاه المنصب، ثم خلع الملك وانعقدت بيعة الملك ناصر الدين محمود شاه بن شمس الدين ألتمش في عام ٦٤٤ هـ ، وبقي المصنف على منصبه مدة سنتين من عهد الملك ناصر الدين محمود شاه .

عزله عن المنصب:

تذكر الكتب المترجمة له أن المصنف عزل عن منصبه يوم الجمعة تاسع ذي الحجة سنة ست وأربعين وستمائة (٦٤٦ هـ الموافق ٢٥مارس/١٢٤٩م) في أيام السلطان ناصر الدين محمود ، وتذكر الكتب كذلك أنه اتهم بأمر وعزل ، ولكنها لا تلقي أي ضوء على نوع الاتهام ، ولعل ذلك يرجع إلى أمر سياسي في العهد الفوضوي سياسياً ، فاستقل المصنف بمنصبه مدة سبع سنوات وخمسة أيام.

مؤلفاته:

يبدو من مطالعة فاتحة الكتاب (الذي نحققه) أن للمصنف مصنفات عديدة، بل كانت له نشاطات علمية تأليفية ، حيث يقول المصنف :

"لما فرغت من نثر درر الإشارات وغرر المعجزات وكشف المقامات وتأويل الآيات الواردة في معاتبات الأنبياء وإملاء طرائق لطائف علم عصمتهم سألني إخواني ..... أن أملي عليهم كتابا في حوادث أهل البلوى ، على حسب كفاية المتصدين لأمر القضاء والفتوى الخ" .

ولكن لم نستطع تعيين أسماء مصنفات المصنف ، ولا يوجد أي كتاب آخر للمصنف حسب علمنا سوى الكتاب الذي نقوم بتحقيقه كما لم يذكر أحد المترجمين له أي كتاب آخر له .

مكانته العلمية:

أما مكانة المصنف العلمية فخير دليل على ذلك كتابه هذا ، فلاشك في أن الكتاب مهم في فنه ، شامل لمسائله وموضوعه ، حسن في ترتيبه ، دقيق في فروعه وجزئياته ، ومجموع الكتاب يشهد على سعة نظر المصنف ، ودقته وشمول اطلاعه على المسائل المتعلقة بالقضاء وغزارة علمه وتضلعه بمسائل الفقه الحنفي ، وخبرته الدقيقة الوسيعة بالمشكلات القضائية، وذلك لأن المصنف مارس القضاء مدة غير قصيرة ، واكتوى بناره ولمس مسائله وقضاياه عن كثب ، فجاء كتابه في غاية من الإفادة والأهمية .

وفاته:

يذكر صاحب نزهة الخواطر أن المصنف بعد عزله عن المنصب أخرج إلى بدايون ثم قتل بأمر عماد الدين ريحان الحاجب يوم الإثنين ثاني عشر من ذي

الحجة سنة ست وأربعين وستمائة هجرية ، وذكر ذلك صـــاحب "طبقـــات ناصرى" أيضاً، و ذكر "فرشته" أيضاً في تاريخه أن المصنف استشهد بأمر مـــن عماد الدين ريحان ، ولانجد أي تفصيل سوى ذلك عن وفاته .

الفصل الرابع

منصب قاضي القضاة في عهد المصنف

بما أن المناصب علمية كانت أو إدارية أو سياسية تتبع سياسة العصر ، وتتأثر بالتقلبات والتغيرات السياسية ، لذا نرى أن منصب قاضي القضاة في هذا العهد كان متأثراً إلى حد كبير بالتحولات على الصعيد السياسي ، ينصب ملك فيعين أحداً قاضي القضاة ثم يتغير الملك فيُبَدَّلُ القاضيَ ويُنَصَّبُ مكانه قاضياً آخر ، وهكذا نجد في عهد المصنف ، فإن السلطان معز الدين بهرام شاه نصب القاضي منهاج الدين بن سراج الدين قاضياً للقضاة في ١٠/جمادى الأولى عام ٦٣٩ هـ و لما ولي الملك علاء الدين مسعود شاه استقال القاضي منهاج الدين من منصبه ونصب المصنف قاضي القضاة في ٤/ ذي الحجة ٦٣٩ هـ ، ثم عزل المصنف عن منصبه في ٩/ذي الحجة ٦٤٦ هـ ونصب الشيخ القاضي جلال الدين كاشاني قاضي القضاة.

ولما توفي الشيخ القاضي جلال الدين كاشاني أعيد القاضي منهاج الدين بن سراج الدين إلى منصب قاضي القضاة في ١٠/جمادى الأولى ٦٤٩ هـ ، وفي شهر رجب عام ٦٥١ هـ أخذ منه المنصب ونصب عليه القاضي شمس الدين بهرائجي، ثم أعيد منصب قاضي القضاة إلى القاضي منهاج الدين بن سراج الدين مرة ثالثة في ٧/ ربيع الأول عام ٦٥٣ هـ .

الباب الثالث

في التعريف بالكتاب و عملي في التحقيق

الفصل الأول

اسم الكتاب:

كتاب "صنوان القضاء و عنوان الإفتاء".

ذكر المصنف في فاتحة كتابه أنه سمى كتابه "صنوان القضاء وعنوان الإفتاء" و هذا الاسم هو المذكور في جميع النسخ الخطية الأربع، ولكن الشيخ إسماعيل باشا البغدادي ذكر اسم الكتاب "صنوان القضاء في الفتاوى"[1]، ولعله اكتفى بذكر أول جزء من اسم الكتاب.

أما صاحب نزهة الخواطر الذي ترجم للمصنف فإنه لم يذكر له أي كتاب ، ولعله اعتمد في ذلك على طبقات ناصري كما صرح بذلك في آخر ترجمته للمصنف ، وصاحب طبقات ناصري لم يذكر للمصنف أي كتاب لعدم تعرضه لذكر معاصريه وخدماتهم العلمية بالتفصيل .

صحة نسبته إلى المصنف:

مما يقوي صحة نسبة الكتاب إلى المصنف أن النسخ الخطية الأربع تتفق على نسبة الكتاب إلى المصنف ، وكذلك ورد ذكره في إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون .

١- إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون ٧١/٢، دار العلوم الحديثة بيروت.

وقد وجدت النسخ الخطية الأربع كلها في مكتبات الهند ، وذلـــك لأن المصنف صنف كتابه في دلهي بعد أن نزل بالهند ، فتناسب تواجد النســخ في الهند قيام المصنف بتصنيفه في الهند ، ثم إن المصنف مارس القضاء و بقي علـى منصب قاضي القضاة مدة سبع سنوات ، ويناسب ذلك ما ذكـر في فاتحـة النسخة الخطية من ابتلاء المصنف بالحكومة ، وشعوره بالحاجـة إلى تـأليف كتاب على المسائل القضائية.

سـبب تأليـفـه:

ذكر المصنف في مقدمة كتابه أنه طلب منه إخوانه أن يملي عليهم كتاباً في حوادث أهل البلوى على حسب كفاية المتصدين لأمر القضاء والفتـوى ، ثم شعر المصنف خلال ابتلائه بمنصب قاضي القضـاة بحاجة أصحابه إلى مثـل هذا الكتاب فقصد الإجابة ، وكان المقصد منه رجوعه إلى ما كان فيه مبـدء الحال من الاستفادة وطلب العلم والاهتمام بأحوال الإخـوان في الديـن ، و السعي في إنجاح مطالب الخلق وتبيين طريق وصول الحق إلى المستحق ، وحماية النظر المفضي إلى التحقيق عن عوارض قطاع الطريق" .

تاريخ و مكان تأليف الكتاب:

ذكر المصنف في المقدمة لكتابه أنه ابتدأ إملاء الكتاب في الثالث والعشرين من جمادى الأولى الواقع في شهور سنة اثنين وأربعين وسـتمائة (٦٤٢ هـ) في يوم الجمعة .

ومن الجدير بالذكر أن الشيخ إسماعيل باشا البغدادي كتب في إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون[1]، وفي هدية العارفين له[2] أن المصنف فرغ منها سنة ٦٤٢ هـ اثنين وأربعين وستمائة .

مادة الكتاب:

إن المصنف رحمه الله ضمّن كتابه المسائل التي تكثر الحاجة إليها في باب القضاء ، والحوادث التي يحتاج إليها القضاة والمفتون في المشكلات اليومية ، ويصرح المصنف بذلك قائلاً:

"واصطفيت المسائل الدوّارة على باب القضاء ، متجددة وقعتها متكررة خصومتها شهراً فشهراً بل أسبوعاً فأسبوعاً"[3].

ويقول:

"وهذا الكتاب في صنعة القضاء والإفتاء زبدة الأحقاب ، وثمرة الغراب ، ومجال الجلة وطراز الحلة ، ومركز الدوائر وأساس البطائن والظهائر، وهو كتاب ينتفع به المفتي كما ينتفع به القاضي وهو نعم العون لكتبة ديوان القضاء في كتابة المحاضر والسجلات وللوكلاء في الدعاوى والخصومات ، وللشهداء

١- ٢/٧١.

٢- ٢/١٢٢.

٣- انظر: مقدمة المصنف للكتاب.

عند أداء الشهادات ، وأما المتوسط فمضطرّ إليه عند المصالحة ، والمزكي عند التزكية ، والحكم عند قطع الخصومة"[1].

منهج الكتاب:

إن الكتاب مرتب على أبواب وفصول وأنواع ترتيباً حسناً، فقد عقد المصنف خمسة أبواب في الكتاب ، وكل باب مشتمل على فصول، وكل فصل يحتوى على أنواع.

يشتمل الباب الأول على فاتحة الكتاب ، وفيه خمسة فصول ذكر المصنف فيها فضائل القضاء ، وشروط وأهلية القضاء ، وبيان السلطان العادل والجائر.

والباب الثاني في آداب القضاء ، وهو أيضاً يشتمل على خمسة فصول:

والباب الثالث فيما ينبغي للقاضي أن يجيب الطالب في إحضار المطلوب ، وهذا الباب مشتمل على خمسة فصول ، والفصول الثلاثة الأخيرة محتوية على عدة أنواع.

والباب الرابع فيما ينبغي للقاضي أن يفعل وأن لا يفعل ، وهو أيضاً يشتمل على خمسة فصول ، والفصول الأربعة الأخيرة تشتمل على أنواع عديدة.

والباب الخامس في الدعاوى والبينات ، وفيه فصل واحد.

١- أيضاً.

مصادر المصنف:

إن المصنف رحمه الله استفاد في تأليف هذا الكتاب واعتمد في ذكر المسائل والأحكام على كتب مشائخ الحنفية المتقدمين والمتأخرين، وذكر قائمة الكتب ،[1] وهي:

١. المبسوط
٢. الجامع الصغير
٣. الجامع الكبير
٤. الزيادات
٥. السير الكبير
٦. الذخيرة الإمامية البرهانية
٧. الأقضية الإمامية الظهيرية
٨. شرح أدب القاضي الصدري الشهيدي الحسامي
٩. فوائد أئمة الأمصار

وقد صرح المصنف رحمه الله أنه لم يعتمد في نقل العبارات على حفظه بل اقتبسها من كتبها ، فيقول:

"و لم اعتمد في نقلي على حفظي ولا في شيء منه أحلت إلى درايتي وإنما لي روايتي وحكايتي".

١- سيأتي في نص الكتاب تعريف لهذه المصادر التي ذكرها المصنف.

الفصل الثاني

الأصول الخطية للكتاب

توافرت لدينا ثلاث نسخ خطية للكتاب ، وقد اطلعنا على النسخة الرابعة مع أنها لم تتوفر صورتها لدينا ، وفيما يلي ذكر هذه النسخ.

١- النسخة الأولى هي نسخة مكتبة خدا بخش بتنه ، وقد وضعنا لهذه النسخة علامة " أ " وهي النسخة التي اعتمدناها في التحقيق.

وهي نسخة نفيسة ، تقع في ٢٦٨ ورقة ، ومكتوبة بخط النسخ بمعدل ٢٥ سطراً في صفحة واحدة و٢٠ كلمة في السطر الواحد، غير أنها لا يوجد تاريخ النسخ فيها ، ولا اسم الناسخ لها.

٢- نسخة "ب" وهي النسخة الخطية الثانية التي ضمتها مكتبة خدا بخش بتنه، ولكنها ناقصة في آخرها ، فقد انتهت العبارة ناقصة في الباب الخامس في الدعاوى والبينات ، بعد عدة ورقات من بداية هذا الباب.

وهي تقع في صورتها الحالية في ٢٧٤ صفحة بمعدل ٢٢ سطراً في الصحفة و٢٠ كلمة في السطر كتبت النسخة بخط النسخ، ولايوجد عليها أيضاً تاريخ النسخ.

وعليها تملكات لعدة أشخاص بصورة الختم الموجود على الورقة الأولى لأصل الكتاب ، وهي كما يلي:

- ختم مكتوب فيه خادم الشرع قاضي نور الحق.
- ختم مكتوب فيه مفتي الشرع محمد أسلم ، وعام ١١٤٨هـ.

-ختم مكتوب فيه مفتي الشرع عبد الرحيم ، عام ١١٨٦هـ.

وقبل بداية أصل الكتاب توجد فيه خمس ورقات ، في الورقة الأولى مكتوب "فتاوى صنوان القضاء" وفي الورقة الثانية ختم لمفتي الشرع عبد الرحيم عام ١١٨٦ هـ ، وعلى هذه الصفحة عبارة طويلة بالعربية حول بعض المسائل الفقهية.

ثم من الورقة الثانية (جانب الألف) إلى الورقة الخامسة يوجد فيها فهرس الكتاب.

٣- نسخة "ج" ، هذه نسخة خطية ضمتها المكتبة الآصفية بحيدرآباد.

كتب على الصفحة الأولى للنسخة "صنوان القضاء وعنوان الإفتاء" تأليف العلامة عماد الحق والدين أبو الملوك والسلاطين أعظم صدور الدهر أكبر عظماء ماوراء النهر أبو المحامد محمد بن محمد بن إسماعيل الخطيب الأسقورقاني نزيل دهي... في سنة ٦٤٢هـ اثنتين وأربعين وستمائة هجرية، وكتب سنة ١١٨٩هـ" وعلى هذه الصفحة ختم للمكتبة ، وعلى الصفحة الثانية والثالثة يقع فهرس الكتاب.

تقع النسخة في ٣٦٩ ورقة بخط النسخ بمعدل ٢٠ سطراً في الصفحة الواحدة و ٢٠ كلمة في السطر الواحد.

وفي آخر الصفحة للنسخة توجد عبارة بالفارسية من جانب كاتب النسخة ، وهذه ترجمة العبارة: "تم نسخ هذا الكتاب بأمر من الشيخ الكبير جامع المعقول والمنقول معدن اللطف والإحسان قاضي القضاة وحيد الدين خان أدام إقباله من يد أضعف العباد محمد شاه ابن عبد الرشيد متصدر المحكمة

الشرعية في تاريخ ثاني عشر لشهر ربيع الأول عام ١١٧٨هـ ثمان وسبعين ومائة وألف".

ثم فيها ختم للمكتبة.

٤- نسخة "د" هذه النسخة الخطية التي ضمتها مكتبة دار العلوم بديوبند ، هي نسخة نفيسة تقع في ٣٧٤ ورقة بمعدل ١٩ سطراً في كل صفحة ، واسم ناسخها محمد قاسم ، وتمت كتابتها في عام ١٠٩٥ هـ.

الفصل الثالث

عملي في التحقيق

ركزت في عمل التحقيق لهذا الكتاب على الأمور الآتية:

١- اعتمدت في عمل التحقيق على النسخة الخطية الأولى لمكتبة خدا بخش التي رمزت لها علامة "الألف".

٢- قمت بمقابلة النصّ مع النسخ الخطية الأخرى المتوافرة لدينا ، وإذا وجدت الفرق في الكلمات بين النسخ ، اخترت في النص الكلمة التي غلب الظن على كونها أصح من الأخرى ، وأثبت الفروق في الهوامش.

٣- ولما كان المصنف رحمه الله قد نقل المقتبسات من كتب المشايخ الحنفية، وكثير منها أصبحت مطبوعة لدينا الآن ، فقمت بمراجعة المقتبسات من كتبها.

٤- كما رجعت في المسائل الفقهية التي تناولها المصنف رحمه الله إلى الكتب الفقهية المشهورة المعتمدة للزيادة في توثيق المسائل.

٥- قسمت نص الكتاب إلى فقرات متسلسلة بأرقام وضعتها في بداية كل مسألة توضيحاً للمسألة وتسهيلاً على القارئ للوصول إلى غايته.

٦- وضعت عناوين جانبية ، وهي كثيرة جداً ، وجعلت العنوانات ضمن أقواس معكوفة [   ] هكذا.

٧- ذكرت أرقام الآيات القرآنية وسورها.

٨- خرّجت الأحاديث الواردة وأحلت إلى مصادرها.

٩- ذكرت ترجمة الأشخاص الوارد ذكرهم في الكتاب مع بيان مصادر تراجمهم.

١٠- كما قمت بذكر تعريف مختصر للكتب التي ذكرها المصنف.

١١- وفي الختام وضعت فهارس عديدة ، وهي:

- فهرس الآيات القرآنية
- فهرس الأحاديث والآثار
- فهرس الأعلام الوارد ذكرهم
- فهرس الأماكن والبقاع
- فهرس الكتب التي ورد ذكرها في متن الكتاب
- فهرس مراجع التحقيق
- الفهرس العام

وأخيراً أقول: إن التحقيق كما هو عمل شاق وصعب هو كذلك أمانة على كواهل الأمة الإسلامية والباحثين لها ، وقد بذلت جهدي وحرصت على الأمانة العلمية في تحقيق هذه المخطوطة القيمة، رغبة في خدمة العلوم الإسلامية، ومساهمة في إحياء التراث الإسلامي، وأشكر الله سبحانه وتعالى قبل كل شيء أنه بنعمته وتوفيقه تم تحقيق الجزء الأول من هذا الكتاب القيم النافع ، وعمل التحقيق جار في الأجزاء الآتية ، وأنا رهين الفراش ولجميع الأمور عند الله قدر مقدور، أدعو الله تعالى أن يتقبل مني هذا الجهد المتواضع ويجعله ذخراً لي في الآخرة وينفع به المسلمين ، ويوفقني لإكمال هذه العملية المهمة ، والله الموفق وهو المستعان.

وحينما أختم هذه المقدمة ، يجب علي أن أذكر الأخ المفتي محمد نسيم القاسمي والأستاذ فهيم أختر الندوي والأستاذ أحمد نادر القاسمي والأستاذ محمد هشام الحق الندوي وغيرهم من الرفقاء والإخوان الذين كانوا خير عون لي في إتمام هذا العمل الصعب ، خاصة في النقل عن النسخ المخطوطة - والمقابلة فيما بينها - وتصحيح الأخطاء ، وأيضا أشكر الأخ الشيخ محمد أمين العثماني الذى لا زال يحضني على إنجاز هذا العمل ، فجزاهم الله خير الجزاء.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

القاضي مجاهد الإسلام القاسمي

رئيس هيئة القضاء بولايتي بيهار وأريسه

والأمين العام

لمجمع الفقه الإسلامي - الهند

القسم التحقيقي

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لمن أفصحت بتقدّسه الأمشاج على صموتها ، وصرّحت بتفـــرّده الأرواح عند[1] سكوتها ، ووضحت للمؤمنين طريقته المثلـــى وتمّـت علـى المحسنين[2] كلمته الحسنى ، أرسل محمّداً بالملة الحنيفية السهلة السمحة البيضاء، وأنزل عليه عزائم الترتيل[3] ومعاظم الفرقان مستبين الأنوار والأضواء ، معجزة باقية إلى مبدّل الأرض ومنفطر السماء ، وأكرم أمّته بالمجتهدين[4] من الأئمّـة والراسخين من العلماء ، حيث صيّرهم طلائع اليُمن والسعادة[5] وأسـعد في مطالعهم طوالع البرّ والعبادة وجعل أيّامهم أحيان التعلّم والاستفادة ، ولياليـهم زمان استخراج الأحكام والإفادة ، اطّلع نجوم الرشاد من أنبـات بصـائرهم وتابع هجوم الإرشاد في أطباق ضمـائرهم ، أيّدهـم في ميـادين التحـرّي

١- وفي نسخة "ب" "على".

٢- وفي نسخة "ب" للمحسنين.

٣- وفي نسخة "ب" "التزيل".

٤- وفي نسخة "ب" "أكرمه بالمجتهدين".

٥- وفي نسخة "ب" "العادة".

والاجتهاد بوضوح الآيات وبلوغ الغايات ، انشرحت بأعلامهم صدور الأنام وابتسمت بمكانهم ثغور الإسلام ، واتضح ببيانهم التوحيد ناضر الوجه مشرق الجبين ، واستقرّ بعونهم[1] الدين على ربوة ذات قرار ومعين ، وهم[2] لدين الحقّ صاحب مساعد ، ولتوحيد الله عضد وساعد.

فلا جرم عجائب مجتهداتهم لا تحصى بالعدّ ، وطراوة مستنبطاتهم لا تبلى على كثرة الردّ ، فصلوات الله على مضجعه الأنور ، ومرقده الأزهر ، وسلامه على مضاجع من تجافت جنوبهم عن المضاجع المكتحلين بالسُّهاد إذا رقد الهاجع سلاماً يوليهم[3] ما طلع الطّلع من ذوى[4] نوامل الشجر وزهرة الحدائق بلظى مساعد الزهر[5] سلّم تسليماً كثيراً.

قال العبد الداعي[6] للمسلمين بالخير محمّد بن محمّد بن إسماعيل بن محمّد الخطيب الأشفورقاني آتاه الله من عنده رحمة ، وعلّمه من لدنه علماً: لّما

١- وفي نسخة "ب" "بعيونهم".

٢- وفي نسخة " أ " "فهم".

٣- وفي نسخة "ج" "يؤنسهم" وفي نسخة "ب" "يوليهم".

٤- وفي نسخة "ب" "ذوى نوامل السحر" وفي نسخة "ج" "ذرى أمل الشّجر" والله أعلم.

٥- وفي نسخة "ب" "وسلم".

٦- وفي نسخة "ب وج" وقال الصدر الإمام ملك القضاة والحكّام ، صدر صدور الإسلام عماد الحق والدين أبو الملوك والسلاطين أعظم صدور الدهر ، أكرم علماء ما وراء النهر ، أبو المحامد محمّد بن محمّد بن إسماعيل بن ...." ومن الظاهر أن المصنف=

فرغت من شرح[1] درر الإشارات ، وغرر المعجزات ، وكشف المقامات ، وتأويل الآيات الواردة في معاتبات الأنبياء وإملاء طرائف[2] لطائف علم عصمتهم ، سألني إخواني (قرر عيون الإسلام بلّغهم الله أقصى مرامهم[3] في دنياهم وعقباهم) أن أملي عليهم كتاباً في حوادث أهل البلوى ، على حسب كفاية المتصدّين لأمر القضاء والفتوى فعرضت عليهم وقوعي في القصور عن حفظ الجامعين وضبط المذهبين بواسطة هجوم الهموم[4] ، وإصابة الغموم على العموم، وطلوع كواكب المصائب ، وهطول سحائب[5] النوائب في بلاد خراسان ، وانتكاس رايات علاء مذهب الحنفي وانطماس آثار بهاء[6] دين الحنيفي، وخلوّ مدارس الإسلام بل مدائنها عن الأئمّة والعلماء ، والأكابر

=رحمه الله عبّر عن نفسه بالعبد كما هو مذكور في المتن ، أمّا ما هو مذكور في نسخة "ب وج" فهو من الناسخين ، إكراماً للمصنّف رحمه الله ، وبياناً لما أنه كان قاضي القضاة في عهده بعد أن استعفى قاضي القضاة سراج الدين منهاج رحمه الله ، أما نسب المصنف فتتفق نسخة أ و ج فيه وهو "محمد بن محمد بن إسماعيل بن محمد الخطيب" ولكن نسخة ب تقول: "محمد بن محمد بن إسماعيل بن الخطيب " بدون ذكر "محمد" ، أما نسبة المصنف فتختلف كل نسخة فيها ، ومر تفصيله في المقدمة.

١- وفي نسخة "ج" "من نثر".

٢- وفي نسخة "د" "طرائق".

٣- وفي نسخة "د" "مثلهم".

٤- وفي نسخة "د" "الهجوم".

٥- وفي نسخة "د" "صحائب".

٦- وفي نسخة "د" "لها".

والفضلاء ، ومفارقة الأوطان ، وازدحام الأشغال باهتمام الأحوال بعد الوقوع في أرض الهند.

ثم نازعني محصولاتي ومحفوظاتي زمان الشباب في إسعاف الإجابة وردّها إلى أن حرّضني عصبة من الأئمّة ومعشر من الفقهاء ، وابتلائي في هذا الزمان بالحكومة وصحبة طائفة من أرباب القضاء الذين[1] هم كانوا كحاطب الليل وغائص البحر وجارف[2] السيل ، قصدت الإجابة ،والمقصد منه رجوعي إلى ما كنت فيه مبدء الحال من الاستفادة وطلب العلم ، واكتساب المكارم الإنسيّة ، وإظهار الشفقة الناشية من الجنسيّة ، والاهتمام بأحوال الإخوان في الدين ، والسعي في إنجاح مطالب الخلق ، وتبيين طريق وصول الحقّ إلى المستحقّ ، وحماية النظر المفضي إلى التحقيق عن عوارض قطّاع الطريق.

واصطفيت المسائل الدوّارة على باب القضاء متجدّدةً وَقعَتُها متكرّرةً خصومتها شهراً فشهراً ، بل أسبوعاً فأسبوعاً.

والتقطتها وانتخبتها من كتب مشائخنا المتقدّمين والمتأخّرين نحو المبسوط[3]

١- وفي نسخة "د" "ممن".

٢- وفي نسخة "د" "صارف".

٣- المبسوط في فروع الحنفية كثير ، منها للإمام أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم القاضي الحنفي (المتوفي سنة ١٨٢ ?) وهو المسمّى بالأصل ، وللإمام محمّد بن الحسن الشيباني المتوفى سنة ١٨٩ هـ ، ألّفه مفرداً...... ثم جمعت فصارت مبسوطاً وهو المراد حيث ما وقع في الكتب "قال محمّد في كتاب فلان (المبسوط) - ونسخ المبسوط المرويّة عن محمّد متعدّدة وأظهرها مبسوط أبي سليمان الجوزجاني - وشرح المبسوط جماعة من المتأخّرين مثل شيخ الإسلام أبي بكر المعروف بخواهر زاده ، ويسمّى مبسوط البكري ، وشمس الأئمّة الحلواني=

والجامعين[1] والزيادات[2] والسير الكبير[3]

= وروي أن الشافعي استحسنه وحفظه ، وأسلم حكيم من كفار أهل الكتاب بسبب مطالعته حيث قال : "هذا كتاب محمدكم الأصغر فكيف كتاب محمدكم الأكبر" (كشف الظنون ١٥٨١/٢) والآن المعروف بالمبسوط هو "مبسوط السرخسي" لشمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي المتوفي سنة ٤٨٣ ، أملاه من خاطره من غير مطالعة كتاب وهو في السجن باوز جند بسبب كلمة كان فيها من الناصحين (كشف الظنون ١٥٨١/٢).

١- الجامعين (أي) "الجامع الصغير والجامع الكبير للإمام المجتهد أبي عبد الله محمد بن الحسن الشيباني الحنفي المتوفي سنة ١٨٩هـ- الجامع الصغير هو كتاب قديم مبارك مشتمل على ألف وخمسائة واثنتين وثلاثين (١٥٣٢) مسئلة كما قال البزدوي: وذكر الاختلاف في مائة وسبعين مسئلة و لم يذكر القياس والاستحسان إلا في مسئلتين ، والمشائخ يعظمونه حتى قالوا: لا يصلح المرء للفتوى ولا للقضاء إلا إذا علم مسائله - أما الجامع الكبير فقال الشيخ أكمل الدين: هو كاسمه لجلائل مسائل الفقه جامع كبير قد اشتمل على عيون الروايات ومتون الدرايات ، (كشف الظنون ٥٦١/١-٥٦٧).

٢- الزيادات - في فروع الحنفية للإمام محمد بن الحسن الشيباني (م١٨٩) وقد شرحها جماعة منهم قاضي خان (م٥٩٢) وسراج الدين الهندي (م٧٧٣) واختصره الحاكم الشهيد - وأيضا شرحها البزدوي والحلواني وسماه الزيادات لأنه زاد فيه فروعا لم يذكرها في الجامع الكبير ، (كشف الظنون ٩٦٢/٢).

٣- السير الكبير والسير الصغير ، في الفقه للإمام محمد بن الحسن الشيباني ، وهو آخر مصنفاته ، صنفه بعد انصرافه من العراق ،شرح السير الكبير شمس الأئمة عبد العزيز بن أحمد الحلواني وشمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (م٤٨٣) في جزأين ضخمين أملاه محبوسا وأتمه في آخر المحنة بمرغينان في جمادى الأولى سنة ٤٨٠ (كشف الظنون ٢/ ١٠١٣- ١٠١٤).

والذخيرة[1] الإمامية البرهانية والأقضية الإمامية الظهيرية[2] وشرح أدب القاضي الصدري الشهيدي الحسامي[3] وفوائد أئمة الأمصار[4] الواقعة في

١- الذخيرة - ذخيرة الفتاوى المشهورة بالذخيرة البرهانية للإمام برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري المتوفي سنة ٦١٦، اختصرها من كتابه المشهور بالمحيط البرهاني ، كلاهما مقبول عند العلماء (كشف الظنون ٨٢٣/١).

٢- الأقضية الإمامية الظهيرية ، لعل المراد به "كتاب الأقضية للحسن بن علي ظهير الدين الكبير بن عبد العزيز الملقب بظهير الدين أبي المحاسن المرغيناني الحنفي صنف كتاب الأقضية والشروط والفتاوى والفوائد وغير ذلك (الفوائد البهية/٦٢).

٣- شرح أدب القاضي الصدري الشهيدي الحسامي - أدب القاضي للإمام أبي بكر أحمد بن عمرو الخصاف المتوفي سنة ٢٦١ رتبه على مائة وعشرين بابا وهوكتاب جامع غاية ما في الباب ونهاية مآرب الطلاب ، ولذلك تلقوه بالقبول وشرحه فحول أئمة الفروع والأصول منهم الجصاص الرازي (م٣٧٠) والهندواني (م٣٦٢) والقدوري (م٤٣٨) والسغدي (م٤٦١) والسرخسي (٤٨٣) والحلواني (م٤٥٦) - والإمام برهان الأئمة عمر بن عبد العزيز بن مازة المعروف بالحسام الشهيد المتوفي قتيلا سنة ٥٣٦ ، وهو المشهور المتداول اليوم من بين الشروح ، والإمام عمر بن عبد العزيز هو المعروف بالصدر الشهيد أيضا، ولد في سنة ٤٨٣هـ تفقه على أبيه برهان الدين الكبير عبد العزيز (كشف الظنون ٤٦/١). وله الفتاوى الصغرى والكبرى وشرح أدب القضاء للخصاف وشرح الجامع الصغير و له الواقعات والمنتقى - (الفوائد البهية/١٤٩) وشرح أدب القاضي للخصاف المذكور حققه محي هلال السرحان تحقيقا رائعا وخدمه خدمة حسنة وطبع على نفقة وزارة الأوقاف للجمهورية العراقية في ١٣٩٧ هـ/ ١٩٧٧م.

٤- فوائد أئمة الأمصار - الفوائد نوع خاص من أنواع كتب الفقه ، ولأبي بكر محمد بن أحمد بن عمر القاضي البخاري ، الملقب بظهير الدين المتوفي سنة ٦١٩هـ فوائد على الجامع الصغير للحسام الشهيد تسمى الفوائد الظهيرية، كتبها مبينا ما استبهم من مبانيها=

سوالف الدهور والأعصار ، كساهم الله ثوب الغفران ، وسقاهم صوب الرضوان.... وذخرتها لمن كان في صدد القضاء والإفتاء ، ولمن ابتلى بهذا البلاء ، ولمن له أنفة واجتناب عن كلام يؤدي إلى طول بلا طائل وإكثار بلا حاصل.

ونقلت أكثر وقائع الناس التي بيض المجتهدون في استخراج أحكامها سواد الصفائح ، وسودوا في استنباطها بياض الصحائف.

و لم اعتمد في نقلي على حفظي ولا في شيء منه أحلت إلى درايتي وإنما لي روايتي وحكايتي ، فقد غاص العلماء في دقائقها وحقائقها ، ونقوا وما بقوا ، ومن لم يشتغل بتفهمها واتقالها لم يكن لحرم الإفتاء محرما ، ولا لحرم القضاء محرما ، وكان كساع إلى الهيجاء بلا سلاح[1] أو طائر في الفضاء بلا جناح.

[تعريف الكتاب وأهميته]

وهذا الكتاب في صنعة القضاء والإفتاء زبدة الأحقاب ، وثمرة الغراب ، وجمال الجلة وطراز الحلة ، ومركز الدوائر وأساس البطائن والظهائر ، وهو كتاب ينتفع به المفتي كما ينتفع به القاضي، وهو نعم العون لكتبة ديوان

=وموضحا ما استعجم من معانيها. وذكر حاجي خليفة فوائد أبي حفص الكبير ، وأبي المعين والقاضي الإمام أبي علي النسفي الحنفي الحسن بن خضر بن يوسف الفشيديرجي المتوفي سنة ٤٢٨هـ وشمس الدين محمود الأوزجندي جد الإمام قاضي خان في الفروع –ولصدر الإسلام طاهر بن محمود، وشيخ الإسلام أحمد بن مرسل الاستروشني ، وشيخ الإسلام نظام الدين بن صاحب الهداية وكتب أخرى بهذا الاسم (كشف الظنون ١٢٩٤/٢).

١- وفي نسخة "د" "بلا مداح".

القضاء في كتابة المحاضر والسجلات ، وللوكلاء في الدعاوى والخصومات ، وللشهداء عند أداء الشهادات ، وأما المتوسط فمضطر إليه عند المصالحة ، والمزكي عند التزكية ، والحكم عند قطع الخصومة.

[تسمية الكتاب]

واستعين بالله على الكشف والشرح نافعا وعلى وفق طباع[1] من كان متفهما سامعا -ورتبته ترتيبا حسنا ، وبوبته أبوابا - كل باب منه مشتمل على فصول وسميته "صنوان القضاء وعنوان الإفتاء".

[محل بداية التصنيف وتاريخه]

وابتدأت إملاءه في الثالث والعشرين من جمادى الأولى الواقع في شهور سنة اثنتين وأربعين وستمائة في مقصورة الجامع[2] بحضرة دهلي - حرسها الله تعالى

١- وفي نسخة "د" "طبائع".

٢- المسجد الجامع المعروف بدهلي الآن هوالمسجد الذي بناه ملك الهند الملقب بشاهجهان ولكن هذا أمر تاريخي معروف أن بلدة دهلي العظيمة عمرت ثم خربت مرارا وفي كل ما عمرت قد تغير مكانها فحينما نرى دخول المسلمين في الهند واستقلالهم فيها واستقرارهم في بلدة دهلي كدار الخلافة ومركز الحكومة الإسلامية فنرى أن أول من فتح هذه البلاد واستقر بها هو الملك قطب الدين أيبك الذي قد أرسله الملك محمد شهاب الدين الغوري وفوضه نيابته بالهند وفي ذلك الزمان صارت بلدة دهلي عامرة واستقر فيها المسلمون وكانت دهلي في زمن قطب الدين وورثائه في قرية مهرولى ، فأسس الملك قطب الدين أيبك المسجد الجامع وسماه قوة الإسلام ثم أتمه الملك شمس الدين ألتمش ، والمنارة المعروفة باسم "قطب مينار" التي تعد من عجائب العالم هي منارة هذا المسجد الكبير مسجد "قوة الإسلام"،والمصنف قضى حياته في عهد المماليك (عهد غلامان) ونصب قاضي القضاة في عهد السلطان علاء الدين مسعود شاه بن فيروز شاه سنة ٦٣٩هـ.

عن الآفات– في اليوم الذى أمر المؤمنون فيه بالسعي إلى ذكر الله – بعد قضاء فرض الله وقت الابتغاء من فضل الله.

واسم هذا اليوم في اللغة القديمة يوم العروبة "وسماه أهل المدينة في أول جمعة صلوها قبل مقدم النبي عليه السلام المدينة "يوم الجمعة" وهو سيد الأيام وأعظمها ومجمع الخيرات وموسمها ، وأفضل الأوقات وأشرفها ، وأشهر المواقيت وأعرفها ، ومن بين الأيام إلى الرحمة أولاها، وفي الرتب أعلاها ، وفي الفضل أتمها وللخيرات أكملها ، اهتداء بأنوار السلف واقتفاء بآثارهم ، رجاء أن أنخرط في سلك تلامذهم ، وأكون رديف ذكرهم ، حامداً لله تعالى ومصلياً على خير خلقه محمد وآله الطاهرين.

الباب الأول

في فاتحة الكتاب

وهذا الباب مشتمل على فصول:

الفصل الأول

في بيان معرفة "القضاء لغة وشريعة"

[القضاء لغةً]

(١) أما لغة فالقضاء يعبّر عن "اللزوم" ، ولذلك سمّي الحاكم قاضيا[١].

وقيل القضاء الحكم وأصله قضاي ، لأنه من باب قضيت ، لأن الياء لما جاءت بعد الألف همّزت ، والجمع الأقضية ، والقضيّة فعيلة والجمع قضايا ،

١- قال في مختار الصحاح: القضاء "الحكم" والجمع الأقضية - والقضية مثله، والجمع قضايا - قضى يقضي بالكسر قضاء أي حكم - ومنه قوله تعالى: ﴿وَقَضَى رَبُّكَ أَلاَّ تَعْبُدُوْا إِلاَّ إِيَّاهُ﴾ وقد يكون بمعنى "الفراغ" تقول: قضى حاجته "وضربه فقضى عليه" أي "قتله" كأنّه فرغ منه - "وقضى نحبه" مات وقد يكون بمعنى "الأداء والإنهاء" تقول: قضى دينه ،ومنه قوله تعالى: ﴿وَقَضَيْنَا إِلَى بَنِيْ إِسْرَائِيْلَ فِي الْكِتَابِ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَقَضَيْنَا إِلَيْهِ ذَلِكَ الأَمْرَ﴾ أى أنهيناه إليه وأبلغناه ذلك وقال الفرّاء في قوله تعالى: ﴿ثُمَّ اقْضَوْا إِلَيَّ﴾ يعني أمضوا إليّ - كما يقال قضى فلان أي مات ومضى وقد يكون بمعنى "الصنع والتقدير" يقال: قضاه أي صنعه وقدّره ومنه قوله تعالى: ﴿فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ فِيْ يَوْمَيْنِ﴾ ومنه "القضاء والقدر" (مختار الصحاح).

وقضى أي حكم ، ومنه قوله تعالى ﴿ وَقَضَى رَبُّكَ أَلاَّ تَعْبُدُوا إِلاَّ إِيَّاهُ﴾ [1] أي حكم.

وقد يكون بمعنى الفراغ، تقول: ضربه فقضى عليه أي قتله مكانه، كأنه فرغ منه، وسمّي به قاض أي قاتل ، ﴿وَقَضَى نَحْبَهُ﴾ [2] أي مات.

وقد يكون بمعنى الأداء ، تقول: قضيت ديني ، والأداء والقضاء يترادفان ، تقول: أدّى دينه وقضى دينه ، غير أن الأداء قد يستعمل في غير الواجب ، ولا يستعمل القضاء إلا في الواجب.

وقد يكون بمعنى التقدير ، تقول: قضى فلان على فلان بالنفقة أي قدّرها عليه.

ويعبّر عن الإحكام ، قال الله تعالى: ﴿فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ﴾ [3] أي أحكمهن.

وقد يكون بمعنى الاستيفاء ، يقال: قضى في الحدود أي استوفاها أي حكم بها ، بخلاف القضاء بالمال لأن استيفاءه ليس إلى الحاكم.

١- سورة بني إسرائيل / ٢٣.

٢- سورة الأحزاب / ٢٣.

٣- سورة حم سجدة ١٢.

[القضاء شريعةً]

(٢) وأما شريعة - فالقضاء في متعارف الشرع "فصل الخصومات وقطع المنازعات" والقاضي فاصل الخصام ومبيّن المحـــقّ من المبطل[1].

١- قال الكاساني في بدائع الصنائع: - القضاء هو "الحكم بين الناس بـــالحق" ٩/٤٠٧٨ ، قال صاحب المحيط: "القضاء هوقطـــع الخصومـــات وفصـــل المنازعـــات (البحـــر الرائق٦/٢٧٦) وفي المدخل القضاء معناه الدخول بين الخالق والخلق ليـــؤدي فيـــهم أوامره وأحكامه بواسطة الكتاب والسنة (معين الحكام للطرابلسي) وقال ابن رشـــد: حقيقة القضاء الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام ، وتبعه ابـــن فرحـــون ، وعرف الخطيب الشربيني من الشافعية: القضاء فصل الخصومة بين اثنين فأكثر بحكـــم الله تعالى ، وقال البهوتي الحنبلي: القضاء: الإلزام بالحكم الشرعي وفصل الخصومات ، فكلهم اتفقوا على أن القضاء هو الإخبار مع الإلزام ، وغايته فصل الخصومة وقطـــع المنازعة (انظر: تبصرة الحكام لابن فرحون ٨/١ ، الإقناع على الشـــربينى ٢/٢٦٠ ، كشاف القناع ٦/٢٨٥).

الفصل الثاني

في بيان فضيلة القضاء وشرف الحكومة

[كتاب عمر بن الخطّاب إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنهما]

(٣) ذكــر أبو يوســف[١] عن عبيــد الله بن حميــد[٢] عن أبي بكر

١- يعقوب بن إبراهيم بن حبيب أبو يوسف كان صاحب حديث حافظاً سمع هشام بــن عروة وأبا إسحاق الشيباني ، وعطاء بن السائب وطبقتهم وعنه محمّد بن الحسن الفقيه وأحمد بن حنبل ولزِم أبا حنيفة رحمه الله وغلب عليه الرأي وولّي قضاء بغداد فلم يزل بها حتى مات سنة ١٨٣ هـ في خلافة هارون الرشيد وابنه يوسف ولي قضاء الجــانب الغربي في حياة أبيه وتوفّي سنة ١٩٢ هـ وكان أبو يوسف هو المقدّم مــن أصحــاب الإمام وأوّل من وضع الكتب على مذهب أبي حنيفة رحمه الله وأملى المسائل ونشــرها وبثّ علم أبي حنيفة في أقطار الأرض وله الأمالي والنوادر قال: "الجامع" وله كتــاب الخراج قد طالعته مختصر نفيس ، وقيل: لولا أبو يوسف ما ذكر أبو حنيفة ..... عــن يحيى بن معين قال ليس في أصحاب الرأي أكثر حديثاً ولا أثبــت مــن أبي يوســف ،وأيضاً قال ، أبو يوسف صاحب حديث وصاحب سنّة (الفوائد البهية / ٢٢٥، تاج التراجم/٣١٧).

٢- عبيد الله بن حميد بن عبد الرحمن الحميري البصري ، مقبول من السادسة (التقريــب /٣٧٠) وعبيد الله بن أبي حميد الهذلي ، أبو الخطّاب البصــري ، واســم أبي حميــد غالب، متروك الحديث من السابعة (تقريب /٣٧٠).

الهذلي[١] عن أبي المليح[٢] عن أسامة الهذلي[٣] ،

١- أبو بكر الهذلي ، قيل اسمه سُلمى ، بضم المهملة ،ابن عبد الله وقيل روح، أخباري متروك الحديث، من السادسة مات سنة سبع وستين (تقريب التهذيب /٦٢٥).

٢- أبو المليح بن أسامة بن عمير أو عامر بن عمير بن حنيف بن ناجية الهذلي، اسمه عامر وقيل زيد وقيل زياد ، ثقة من الثالثة ، مات سنة ثمان وتسعين وقيل ثمان ومائة ، وقيل بعد ذلك (تقريب / ٦٧٥).

٣- أسامة الهذلي ، أسامة بن عمير بن عامر ، الهذلي ، البصري ، والد أبي المليح ، صحابي، تفرّد ولده عنه (تقريب /٩٨).

في نسخة (أ) "ذكر أبو يوسف عن عبيد الله بن حميد بن أبي بكر الهذلي عن أبي المليح عن ابن أسامة ، ومحمد عن أبي بكر الهذلي عن ابن المليح عن أبي أسامة الهذلي" فذكر سند أبي يوسف رحمه الله ومحمد رحمه الله كليهما - وفي نسخة ج لم يذكر سند محمّد رحمه الله ، والمذكور في سند أبي يوسف رحمه الله "أبي المليح" وفي سند محمّد رحمه الله "ابن المليح" ، وكلاهما شخص واحد، والخطأ من الكاتب، ولفظ "ابن "خطأ ، والصحيح أنه هو أبو المليح ، كما ذكره في تقريب التهذيب وأيضاً الصحابي الذي روى هذا الحديث هو أسامة بن عمير أو عامر الهذلي ، فما ذكره في سند أبي يوسف "ابن أسامة" وكذلك ما ذكره في سند محمّد "أبي أسامة" خطأ من الكاتب والدليل عليه ما قال السرخسي في المبسوط "الحديث الذي بدأ به محمد الكتاب ورواه "عن أبي بكر الهذلي عن أبي المليح عن أسامة الهذلي" - فلعل العبارة هكذا. "عن أبي المليح عن أبيه أسامة الهذلي ومحمد عن أبي المليح عن أبيه أسامة الهذلي" ولكن في كتاب الخراج لأبي يوسف "حدثني عبيد الله بن أبي حميد عن أبي المليح ابن أبي أسامة الهذلي" (الخراج /١٤) والصحيح عن أبيه أسامة الهذلي.

ومحمد[1] عن أبي بكر الهذلي عن مليح عن أبيه أسامة الهذلى ، أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه[2] كتب إلى أبي موسى الأشعرى[3]:

١- الإمام محمد بن الحسن الشيباني ، هو محمد بن الحسن بن فرقد أبو عبد الله الشيباني، الإمام المجتهد، المحدث ، الفقيه ، ولد بواسط ونشأ بكوفة وطلب الحديث وسمع عن مسعر ومالك والأوزاعي والثوري وصحب الإمام أبا حنيفة رحمه الله وأخذ الفقه عنه، وكان أعلم الناس بكتاب الله. ماهرا في الفقه والنحو والحساب ، وعن عبيد: ما رأيت أعلم بكتاب الله من محمد بن الحسن ، وعن الشافعي رحمه الله أنه قال: أخذت عن محمد وقر بعير علما وما رأيت رجلا سمينا أخف روحا منه ، وهو الذي نشر علم أبي حنيفة رحمه الله ، قيل أنه صنف تسعمائة وتسعين كتابا كلها في العلوم الدينية ، وقيل لأحمد من أين لك هذه المسائل الدقيقة؟ قال: من كتب محمد ، أخذ عنه أبو حفص الكبير أبو أحمد الحفص وأبو سليمان الجوزجاني ، وموسى بن نصير الرازي ومحمد بن سماعة ومعلى بن منصور وإبراهيم بن رستم وهشام بن عبد الله و عيسى بن أبان ومحمد بن مقاتل وشداد بن حكيم وغيرهم ، وله تصانيف كثيرة منها المبسوط والجامع الصغير والجامع الكبير والسير الكبير والسير الصغير والزيادات ، وهذه مسماة بظاهر الرواية والأصول (الفوائد البهية /١٦٣) وتوفي سنة ١٨٧ هـ (الجواهر المضيئة ١٢٥/٣)، أو سنة ١٨٩ (تاج التراجم/٢٣٨).

٢- عمر بن الخطاب بن نفيل (بنون وفاء مصغر) ابن عبد العزى ابن رياح ، (بتحتانية) ابن عبد الله بن قرط (بضم القاف) ابن رزاح (براء ثم زاء خفيفة) ابن عدي بن كعب القرشي العدوي ، أمير المؤمنين ، مشهور ، جم المناقب، استشهد في ذي الحجة ، سنة ثلاث وعشرين ، وولي الخلافة عشر سنين ونصفا (تقريب التهذيب /٤١٢).

٣- أبو موسى الأشعري ، هو عبد الله بن قيس بن سليم بن حضار (بفتح المهملة وتشديد الضاد المعجمة ، أبو موسى الأشعري ، صحابي مشهور ، أمره عمر ثم عثمان ، وهو أحد الحكمين بصفين ، مات سنة خمسين وقيل بعدها (تقريب /٣١٨).

"أمّا بعد فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة" [1].

ذكر الفقيه أبو اللّيث رحمه الله[2] في المبسوط إنما قال: "القضاء فريضة محكمة" لأن الله تعالى قال: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللهُ﴾ [3] وقال في آية أخرى: ﴿وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللهُ﴾ [4] وقال: ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾ [5].

١- هذه العبارة جزء من كتاب سياسة القضاء وتدبير الحكم الذي هو من أهم الوثائق التاريخية القانونية رواه المحدّثون قطعاً قطعاً - ورواه البيهقي في السنن الكبرى (١٨٢/١٠) والدارقطني في سننه كاملاً (٢٠٦٢٠٧/٤) وشرحه ابن القيّم الجوزيّة في إعلام الموقعين (الجزء الأوّل والثاني) رواه السرخسي في المبسوط مع شرحه (٥٩/١٦-٦٥) والإمام أبو بكر الكاساني في بدائع الصنائع (٩/٧) وابن خلدون في مقدمته (الفصل الثالث من الكتاب الأول ، الفصل الحادي والثلاثون في الخطط الدينية الخلافية /٢٢١ طبع بيروت). والماوردي في الأحكام السلطانية في باب إمارة القضاء ، وابن عبد ربه في العقد الفريد (٣٣/١) وابن قتيبة في عيون الأخبار (٦٦/١) والمبرّد في الكامل /٩ والجاحظ في البيان والتبيين (٦٩/١) وأحمد زكي صفوت في جمهرة رسائل العرب.

٢- نصر بن محمد بن أحمد بن إبراهيم ، أبو الليث السمرقندي إمام الهدى ، له تفسير القرآن وكتاب "النوازل في الفقه ، وخزانة الأكمل ، وتنبيه الغافلين وكتاب بستان العارفين، توفي ليلة الثلاثاء لإحدى عشرة خلت من جمادى الآخرة سنة ثلاث وتسعين وثلاثمائة ، تفقه على أبي جعفر الهندواني وذكر وفاته الذهبي سنة ٣٩٥ هـ (تاج التراجم/٣١٠، الجواهر المضية ٥٤٤/٣، الفوائد البهية/٢٢٠).

٣- سورة النساء /١٠٥.

٤- سورة المائدة /٤٩.

٥- سورة المائدة /٤٤.

وهذه الآيات تدلّ على أنّ القضاء فريضة محكمة وأن الحكمة في إنزال الكتاب "الحكم بين الناس" فصلاً للخصام وتسكيناً للخاص والعام.

وإنما قال "سنة متبعة" لأن النبي عليه السلام قضى بين الناس ، فوجب اتباعه بذلك لعموم أدلة المتابعة والاقتداء به.

وذكر الصدر الشهيد رحمه الله[1] في أدب القاضي[2].

(٤) القضاء فريضة محكمة "يعني الحكم بين الخصمين بحقّ فريضة محكمة يعني كان ذلك ثابتاً في شريعة من قبلنا وبقي في شريعتنا ، ولم يرد عليه النسخ والتبديل ، وسنة متّبعة يعني سنة غير مهجورة.

١- الصدر الشهيد: هو برهان الأئمة حسام الدين عمر بن عبد العزيز بن مازة البخاري المعروف بالصدر الشهيد المتوفي شهيداً سنة ٥٣٦ هـ ولد في سنة ٤٨٣ هـ الموافق سنة ١٠٩٠م ، ولد في بيت كان بيت العلم والفضل من علماء بخاري وينتهي نسبه إلى سيدنا عمر بن عبد العزيز بن مروان رحمه الله، صنّف كتباً كثيرة منها "الأجناس" المعروف بـ "الواقعات" وكتاب أصول الفقه والجامع الصغير في الفروع ، وشرح أدب القاضي لأبي يوسف ، وشرح أدب القاضي للخصّاف ، وشرح الجامع الصغير وشرح الجامع الكبير ، وعمدة المفتي والمستفتي، والفتاوى الصغرى التي بوّبها نجم الدين يوسف أحمد الخاصّي (للفتاوى الخاصية نسختان مخطوطتان في دار الكتب برقم ٨١٦، و ٨١٧ ، للفقه الحنفي، ولها نسخة في "كتب خانة درغاه حضرت بير محمد شاه " قدس سرّه بأحمد آباد الهند والنسخة المصورة من هذه النسخة موجودة عندي) والفتاوى الكبرى وشرح كتاب النفقات للخصاف وغير ذلك من الكتب.

٢- أدب القاضي صنّفه أبو بكر أحمد بن عمر الخصّاف ، وشرحه الصدر الشهيد وحقّقه وعلّق عليه محي هلال السرحان وقامت بنشره وزارة الأوقاف العراقية سنة ١٣٩٧هـ.

[فضيلة القضاء بحق]

(٥) وعن الحسن رضي الله عنه[١] أنه قال: لأجر حكم عدل يوماً واحداً أفضل من أجر رجل يصلّي في بيته سبعين سنة أو قال ستين سنة[٢].

وعن مسروق رضي الله عنه[٣] أنه قال: لأن أقضي يوماً واحداً بحق وعدل أحبّ إليّ من سنة أغزوها في سبيل الله تعالى[٤].

١- الحسن البصري رحمه الله ، أبو سعيد الحسن بن اليسار ، البصري الأنصاري إمام مشهور ، سمع عن بعض الصحابة كما سمع عن كبار التابعين ، مات سنة ١١٠ هـ ، أنظر أخبار القضاة ٣/٢ وغيره من الكتب.

٢- قول الحسن لأجر حكم عدل يوماً واحداً قال الزيلعي: روى اسحاق بن راهويه في مسنده أخبرنا جعفر بن عون الحريثي ثنا عفان بن جبير عن عكرمة عن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ: يوم من إمام عادل أفضل من عباده ستين سنة، وحد يقام في الأرض بحقّه أزكى عنها من مطر أربعين يوماً ، انتهى وكذلك رواه الطبراني في معجمه الأوسط ورواه في الكبير عن عفان بن جبير الطائي عن أبي حريز الأزدي عن عكرمة به.

انظر: نصب الراية ٦٧/٤ ، قال ابن حجر: وفي الأموال لأبي عبيد عن أبي هريرة رفعه " العادل في رعيته يوماً واحداً أفضل من عبادة العابد في أهله مائة وخمسين سنة ، الدراية ١٦٧/٢ ، رقم الحديث /٨٧٠.

٣- مسروق بن الأجدع بن مالك الهمداني الوداعي ، أبو عائشة الكوفي ، ثقة ، فقيه ، عابد مخضرم من الثانية مات سنة ٦٢ هـ أو ٦٣ هـ (التقريب /٥٢٨ مع التحقيق للشيخ محمد عوّامة طبع دار الرشيد ، حلب).

٤- قال الزيلعي وفي الطبقات لابن سعد عن الشعبي قال كان مسروق قاضياً وكان لايأخذ على القضاء رزقاً وقال "لأن أقضي بقضية فأوافق الحق أحبّ إليّ من رباط سنة في سبيل الله ، (نصب الراية ٦٨/٤)، رواه الدار قطني عنه بلفظ "لأن أقضي يوماً بحق أحبّ إليّ من أن أغزو سنة في سبيل الله (سنن الدار قطني ٢٠٥/٤).

وعن مكحول رضي الله عنه[1] أنه قال: لأن أكون قاضياً أحب إلي من أن أكون غازيا[2].

وقد روى مكحول عن أبي بن كعب رضي الله عنه[3] أن رسول الله ﷺ قال: لرباط يوم في سبيل الله صابرا محتسبا من وراء عورات المسلمين في غير شهر رمضان أفضل عند الله من عبادة مائة سنة صام نهارها وقام لياليها ، ولرباط يوم في سبيل الله صابرا محتسبا من وراء عورات المسلمين في شهر رمضان أفضل عند الله من عبادة ألف سنة صام نهارها وقام لياليها.

وحديث مسروق ومكحول يدل على أن ثواب القضاء بحق أفضل من ثواب المرابط والمجاهد الغازي ، مع أن الغزو سنام الأمر وأساسه ، وبه قوام الملة ونماء الكلمة.

١- مكحول الشامي ، أبو عبد الله ، ثقة ،فقيه ، من الخامسة ، مات سنة بضع عشرة ومائة (التقريب ٢٧٣/٢).

٢- ما روي عن مكحول أنه قال لأن أكون قاضيا الخ رواه الإمام الدار قطني في سننه ٢٠٥/٤ ، والبيهقي في السنن الكبرى ٨٩/١٠ وذكره السرخسي في المبسوط ٧٢/١٦ ورواه وكيع بسنده عن الشعبي أن مسروقا قال لأن أقضي يوما فأقول فيه الحق أحب إلي من أن أرابط سنة في سبيل الله (أخبار القضاة ٣٩٨/٢).

٣- أبي بن كعب بن قيس بن عبيد الأنصاري الخزرجي ، سيد القراء ، من فضلاء الصحابة ، توفي سنة ١٩ أو ٣٢ هـ اختلف فيه (التقريب /٩٦).

(٦) وذكر أستاذ الأئمة ظهير الدين المرغيناني رحمه الله[1] في أول الأقضية .

القضاء بحق من أشرف العبادات بعد الإيمان بالله تعالى وأعلاها رتبة ، وأسناها منزلة لما فيه من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والإنصاف برفع الظلم عن المظلوم ، والانتصاف من الظالم بإيصال الحق إلى المستحق المحروم ، و إظهار العدل بين الخصوم ، وقد قال رسول الله ﷺ "عدل ساعة خير من عبادة سنة ، وفي رواية ستين سنة[2].

١- ظهير الدين المرغيناني ، هو الحسن بن علي ظهير الدين الكبير بن عبدالعزيز المرغيناني الملقب بظهير الدين أبو المحاسن تفقه على برهان الدين الكبير عبد العزيز بن عمر بن مازة ، وشمس الأئمة محمود الأوزجندي وغيرهما ، وكان فقيها محدثا نشر العلم إملاء وتصنيفا ، وصنف كتاب الأقضية والشروط والفتاوى والفوائد وغير ذلك (الفوائد البهية /٦٢).

٢- روى عن أبي هريرة رضي الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ: يا أبا هريرة: عدل ساعة أفضل من عبادة ستين سنة" ، قيام ليلها وصيام نهارها" (الترغيب والترهيب ١٦٧/٣)، قال الزيلعي في نصب الراية "قال عليه السلام عدل ساعة خير من عبادة سنة ، قلت، غريب بهذا اللفظ وروى اسحق بن راهوية في "سنده" أخبرنا جعفر بن عون الحريثي حدثنا عفان بن جبير عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ "يوم من إمام عادل أفضل من عبادة ستين سنة ، وحد يقام في الأرض بحقه أزكى فيها من مطر أربعين يوما " انتهى ، وكذلك رواه الطبراني في معجمه الوسط (المعروف بالمعجم الأوسط) ورواه في الكبير عن عفان بن جبير الطائي عن أبي حريز الأزدي=

(٧) وكان ولاية القضاء بحقّ رحمة للخلق وكرامة اختص بها الأنبياء والمرسلون ، ولأجله أثبت لآدم عليه السلام اسم الخلافة واستوجب داود عليه السلام هذه المنقبة ، حيث قال: ﴿ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيْفَةً فِي الأَرْضِ ﴾[1] إذ الخليفة في الأرض عبارة عن المؤتمر بأوامر الله والمحافظ على حدود الله ، والنائب عن عباد الله ، وقد ملأ الأرض من العبادة والاستقامة ، فخلف عن عباد السماء مع كثرتهم ثم زاد عليهم بإقامة الأحكام وإجراء الأمور الربّانية ، خارجاً عن الميل إلى الهوى والشهوة ، وقيل معنى كونه (خليفة) أي عن الأنبياء الذين كانوا قبله بإحياء سننهم.

(فاحكم بين الناس بالحقّ) أي بالصواب والسداد ، (ولا تتّبع الهوى) يحتمل هوى الشيطان ويحتمل هوى النفس ، ويحتمل أهواء الناس.

(٨) وبعد انقطاع النبوّة هذه الولاية لمن قام مقامهم في إجراء الأحكام وإظهار العدل والشفقة بين الخلائق أجمعين ، وهم أعلام الصحابة والتابعين ،

=عن عكرمة به (نصب الراية ٦٧/٤) وروى الإمام أبو عبيد قاسم بن سلاّم في كتاب الأموال برواية هشيم عن زياد بن مخراق عن رجل عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: "لعمل الإمام العادل في رعيته يوماً واحداً أفضل من عبادة العابد في أهله مائة عام أو خمسين عاماً - شكّ هشيم (كتاب الأموال /١٣).

ورواية ابن عباس رواها الطبراني في الكبير والأوسط بلفظ "أربعين صباحاً" وإسناد الكبير حسن (الترغيب والترهيب ١٦٧/٣، بيروت).

١- سورة ص /٣٨.

ومن تبعهم من الأئمّة المهتدين رضوان الله عليهم أجمعين ، ولهذا يطلق عليهم اسم الخلافة.

[إطلاق اسم خليقة الله على القضاء]

(٩) قال بعض العلماء يجوز إطلاق اسم "خليفة الله" على القضاة، وقال عامّة العلماء لا يطلق اسم "خليفة الله" عليهم ، ولكن يقال "خليفة رسول الله"، لأنّ خليفة الله اسم خاصّ للأنبياء عليهم السلام ، والخليفة اسم لمن قام مقام الأصل فيما صار خلفاً له وسدّ مسدّه[1].

[الألفاظ ذات الصلة بلفظ الخلفية]

(١٠) ههنا ألفاظ نذكرها لزيادة فائدة ، خلف ، وبدل ، وعوض، ونائب ويذكر النائب مع قرائنه أيضاً نحو السفير والوكيل والوصيّ.

(أ) أمّا الخلف ، فما يخلف الشيء ، والخليفة ما يخلف الماضي ، ويشترط في الخلف عدم الأصل ، كالتيمّم مع الماء والكفّارة بالصوم مع الكفّارة بالمال ، والمسح على الخفّين ليس بخلف عن الغسل لجوازه مع القدرة على الأصل ، بخلاف التيمّم ، ولكنّه بدل عن الغسل.

والشرط الثاني في الخلف تصوّر الأصل تصوّراً عقليًا لا تصوّراً عادة إذ لو لا تصوّر الأصل لما تصوّر أن يكون له مقام يقوم غيره فيه.

١- قال الصدر الشهيد في شرح أدب القاضي ، ثمّ تكلّم في أنّه هل يجوز إطلاق اسم خليفة الله تعالى عليه ، وأكثرهم على أنّه يقال خليفة رسول الله ووارثه، ولا يجوز أن يقال خليفة الله تعالى لأنّ هذا اسم خاص للأنبياء (١٦٣/١).

وإنما كانت الكفارة في اليمين خلفاً عن البرّ ، لأنّـه تجب الكفّارة عند عـدم البرّ ، فلا بدّ أن يكون للبرّ إمكان عقلي كصعود السماء وتحويل الحجـر ذهبـاً ، بخلاف شرب ماء يشار إليه في كوز لاماء فيه.

ولهذا قالوا: "إذا طهرت المرأة من الحيض وأيّامها عشرة وقد بقي من وقـت الصلاة قدر زمان للتحريمة لا غير أن عليها القضاء ، لأنّه خلف فيكـون تصـوّر الأصل تصوّراً عقلياً".

وكتصرّف الوصيّ خلف عن تصرّف الموصي ، وضمان العين خلف عـن ردّ العين ولهذا يجب من غير ذكر ولا شرط جبراً.

وتصرّف الوكيل ليس بخلف عن تصرّف الموكّل ، بل هونائب.

(ب) وأما العوض والبدل فلا يقتضى عدم المبدل والمعوّض.

الفصل الثالث

في بيان شرائط أهلية القضاء وصيرورة المرء مجتهداً

[شرائط أهلية القضاء]

وذكر أستاذ الأئمة[١] في الأقضية عن أبي ذر رضي الله عنه[٢] أنه قال:

(١٢) أهل القضاء من كان فيه العدالة والعلم بكتاب الله ناسخه ومنسوخه، وحلاله وحرامه، وأمره ونهيه، والعلم بسنة رسول الله، وأن يكون من أهل الاجتهاد، وأن لا يكون محدوداً في قذف.

(١٣) وعن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه[٣] أنه قال: إذا كان في القاضي خمس فقد كمل وإن كان فيه أربع ولم يكن فيه واحدة ففيه وصمة، وإن كان فيه ثلاث ولم تكن فيه ثنتان ففيه وصمتان، قال قائل: يا أمير المؤمنين! ماذا؟ قال: "علم بما قبله" يعني علم كتاب الله الذي هو قبل كل شيء و"علم بالسنن والأخبار" و"زهد عن الطمع" يعني يكون منزهاً عن

١- المراد ظهير المرغيناني، كما ذكره مصرحا في السابق.

٢- أبوذر الغفاري، صحابي جليل، اسمه جندب بن جنادة على الأصح، تقدم إسلامه وتأخرت هجرته فلم يشهد بدرا، ومناقبه كثيرة جدا، مات سنة اثنتين وثلاثين في خلافة عثمان رضي الله عنه (تقريب التهذيب /٦٣٨).

٣- عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم بن أبي العاص الأموي، أمير المؤمنين، أمه أم عاصم بنت عاصم بن عمر بن الخطاب، ولي إمرة المدينة للوليد، وكان مع سليمان كالوزير، وولي الخلافة بعده، فعد مع الخلفاء الراشدين من الرابعة، مات في رجب سنة إحدى ومائة، وله أربعون سنة ومدة خلافته سنتان ونصف (تقريب التهذيب /٤١٥).

أخذ الرشوة و"استخفاف باللآئمة" يعني إذا قضى بالحقّ لا يخاف أن يلام و"حلم عن الخصوم" و"مشاورة أولي الرأي"[1].

(١٤) قال الشيخ الإمام علم الهدى أبو منصور رحمه الله[2]: ينبغي أن يكون الحاكم عالماً بالحلال والحرام ، عدلاً ، ورعاً ، مهتدياً إلى وجوه تدابير

١- قال السرخسي في المبسوط: وعن عمر بن عبد العزيز رحمه الله قال إذا كان في القاضي خمس خصال فقد كمل ، وإن كان فيه أربع و لم يكن فيه واحدة ففيه وصمة ، وإن كان فيه ثلاث و لم يكن فيه اثنين ففيه وصمتان....فقال قائل: ما هي يا أمير المؤمنين؟ قال: علم بما كان قبله..... قال: ونزهة عن الطمع ...... وقال: وحِلْم عن الخصم...... قال: واستخفاف باللائمة ......قال: ومشاورة أولي الرأي (المبسوط ٧١/١٦).

رواه الحافظ عبد الرزاق بن همام الصنعاني عن معمر ، وأيضاً عن طريق ابن عيينة عن عمرو بن عامر (المصنف ٢٩٨/٨-٢٩٩).

ورواه وكيع بسنده إلى مالك بن أنس عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أن عمر بن عبد العزيز قال: لا يصلح قاضٍ إلاّ أن تكون فيه خمس خصال ، يكون صليباً نزهاً ، عفيفاً ، حليماً ، عليماً بما كان قبله من القضاء والسنن (أخبار القضاة ٧٧/١، ٧٨/١-٧٩ت، ٢/ ٤٢٣).

وأيضاً رواه ابن عبد ربه في باب من أحكام القضاة:قال عمر بن عبد العزيز رحمه الله: إذا كان في القاضي خمس خصال فقد كمل ، علم بما كان قبله ، ونزاهة عن الطمع ، وحلم عن الخصم ، واقتداء بالأئمة ، ومشاورة أهل العلم والرأي (العقد الفريد ٨٤/١ ط بيروت).

وأيضاً رواه البخاري في كتاب الأحكام عن مزاحم بن زفر بلفظ ، قال لنا عمر بن عبد العزيز: خمس إذا أخطأ القاضي منهن خصلة كانت فيه وصمة، أن يكون فهيماً ، حليماً عفيفاً، صليباً ، عالماً ، سؤولاً عن العلم (صحيح البخارى).

٢- لعلّ المراد به الإمام أبو منصور الماتريدي ، وهو محمّد بن محمّد محمود أبومنصور الماتريدي ، إمام المتكلّمين .... تفقّه على أبي بكر أحمد الجوزجاني، عن أبي سليمان=

الخلق ، عارفاً بمراتب الناس ، موصوفاً بعلوّ الهمة وصون النفس عن الخيانة[1] والعفّة عن الفروج والأبضاع ، وأن يبلغ مبلغ المستهدين.

(١٥) وقال بعض المشائخ إن الحكومة أمر ينتظم به مصالح الدنيا والآخرة يبتلى صاحبها بالأخلاق المختلفة التي لا يصبر عليها إلا من اتسع صدره وعظم قدره وتم تقواه ، وأن لا يبالي بما يناله في ذات الله تعالى ، ولا يخاف لومة لائم فيما يرجو فيه رضا الله تعالى ، وكمل زهده في الدنيا ، وظهرت صيانته عن الميل والجور والظلم والعدوان ، وعدله بين القريب والبعيد، وعظم في عينه قدر نعم الله تعالى ، وجلّ في قلبه قدر حقّه ليقوم بوفاء ذلك ، وأن يجمع مع العلم بأحكام الله والقيام بأمور دينه أن يكون صاحب قريحة ، يعرف بها عادات الناس لأن من الأحكام ما يبتنى عليها.

[شرف القضاء]

(١٦) وقال بعضهم:

إن شرف القضاء كان مؤكّد القواعد ، مشهور الشواهد من الزمان الأول إلى هذا الزمان ، لما فيه من صلاح تدبير الخلق وتنفيذ أحكامهم ، وإقامة حدودهم ، وجُمَعِهم وأعيادهم، وانكاح صغارهم وصغائرهم عند عدم

=الجوزجاني عن محمّد ، وصنّف التصانيف الجليلة ، له كتاب التوحيد وكتاب المقالات وكتاب أوهام المعتزلة....... ومآخذ الشرائع في الفقه والجدل في أصول الفقه وغير ذلك ، مات سنة ثلاث وثلاثين وثلاثمائة (الفوائد البهية/١٩٥) دفن بسمرقند - ماتريد أو ما تُريت محلة من سمرقند ، وقد تشرفتُ بزيارة مقبرة الإمام أبي المنصور رحمه الله في سنة ١٩٩٣م.

١ - في نسخة أ "الخبائث".

أوليائهم ، والتصرف في أموالهم وقبول الشهادات القائمة على حقوقهم ، وقطع المنازعات الواقعة بينهم والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

[اشتراط العلم بنصوص الشرع]

(١٧) وقال بعضهم:

أهل القضاء من كان عالماً بالله ، عارفاً بنصوص شرعه تفسيراً وتأويلاً ، وطرق الفقه في أصل الشرع تعليلاً متأيداً بروح القدس في أنوار العقل والشرع، ومثل هذا القاضي إمام الخلق ، وحجّة الحقّ لأنها رتبة الأنبياء تركوها ميراثاً للعلماء ، أمّا من كان عالماً بالله جاهلاً بتأويل كتابه وسنة رسوله والفقه والحكمة فهو على شفا البدعة ، ومن كان عالماً بالله عارفاً بتأويل الكتاب والسنة بلا فقه واستمداد[1] من الباب فهو على شفا الضلال والارتياب ، لأن الحوادث ممدودة، والنصوص معدودة ولا يأمن الابتلاء بما لم ينل فيرتاب أو يضل، ومن كان عالماً بالله وعارفاً بالكتاب ومتفقهاً برأي قلبه وخائباً بصره عن طرق الفقه في شرعه فهو على شفا الهلاك بهواه وعجبه.

(١٨) فمن اتخذ القضاء مكسبة للدنيا فهو على خسران في الآخرة والأولى، لأن القضاء بحقّ عبادة لله تعالى وفرض عليه ، والقاضي مؤدٍّ عن نفسه ما عليه بل القضاء أفضل العبادات ، لأن نفع القضاء عام ونفع سائر العبادات خاص، إلا أن هذا النور كامن في قلوب البشر كما يكون النار في الشجر ما يقدحها

١- في نسخة "ج" "استهلال.

إلا أيدي الهمم العالية بفكر في الحجج الهادية ، وأكثر القضاة قبسوها بحواسهم[1] فقيّدوها[2] في اقتباسهم.

[اشتراط العلم بالسنة ووجوه الفقه]

ذكر صاحب الأقضية عن صاحب أدب القاضي أنه قال:

(١٩) ينبغي أن لا يستعمل على القضاء إلا الموثوق به في صلاحه وسداده وفقهه وعلمه بالسنّة والآثار ووجوه الفقه التي تؤخذ من قبلها، فإنه لا يستقيم أن يكون صاحب الرأي ، لا علم له بالسنّة[3] والآثار[4] ولا صاحب أثر لا علم له بالفقه.

١- في نسخة "ج" "بحواسهم المتهم".

٢- كذا في نسخة "ج" وفي نسخة " أ " ففقدوها.

٣- السنة في اللغة: الطريقة والسيرة حميدة كانت أو ذميمة " المصباح المنير/٢٩٢).

وعند الأصوليين: هي ما صدر عن النبي صلى الله عليه وسلم غير القرآن من قول أو فعل أو تقرير مما يصلح أن يكون دليلاً لحكم شرعي.

وفي اصطلاح المحدّثين: هي كل ما أثر عن النبي ﷺ من قول أو فعل أو تقرير أو صفة خلقية أو خلقية أو سيرة سواءً كان ذلك قبل البعثة لتحنثه في غار حراء أم بعدها.

وفي اصطلاح الفقهاء: فهي كل ما ثبت عن النبي ﷺ ولم يكن من باب الفرض ولا الواجب فهى الطريقة المتبعة في الدين من غير افتراض ولا وجوب (شرح الكوكب المنير ١٦٠/٢ ، السنة قبل التدوين/١٦-٢١، حجية السنة /٤٥، ٨١ ، مجموع الفتاوى ٣٦٦/٣).

٤- والأثر - فهو لغة البقيّة من الشيء يقال ، أثر الدار لما بقى منها.=

(٢٠) وإنما اشترط العلم بالسنة والآثار لأن الاجتهاد في موضع النص باطل وبدون العلم لا يمكنه العمل.

[اشتراط الاجتهاد]

(٢١) وإنما اشترط الاجتهاد لأن النصوص محدودة ، والحوادث ممدودة ، فلا يجد في كل حادثة نصاً يعمل به ، وكان عليه اجتهاد الرأي وبدون المعرفة لوجوه الفقه التي تؤخذ من قبلها لايمكنه ذلك.

=واصطلاحاً ، هو المروي عن رسول الله ﷺ أو عن صحابي أو عن تابعي مطلقاً وبالجملة مرفوعاً كان أو موقوفاً.
وبهذا المعنى سمّى الحافظ الطحاوي كتابه "بشرح معاني الآثار" مع أنه شرح فيه الأحاديث المرفوعة أيضاً ، وللطبري "كتاب سماه بـ "تهذيب الآثار" مع أنه مخصوص بالمرفوع ، ومنه قولهم: الأدعية المأثورة لما جاء عن رسول الله ﷺ ، وإليه يشير كلام مسلم في خطبة صحيحه حيث قال: دلّت السنّة على نفي رواية المنكر من الأخبار كنحو دلالة القرآن على نفي خبر الفاسق ، وهو الأثر المشهور عن رسول الله ﷺ" من حدّث عني بحديث يرى أنه كذب فهو أحد الكاذبين ، حيث سمّى الأحاديث المرفوعة أثراً.
واصطلح الفقهاء الخراسانيّون ومن تبعهم على أنّ الحديث اسم للمرفوع والأثر اسم للموقوف على الصحابة والتابعين ومنه تسمية محمد بن الحسن الشيباني كتابه الذي فيه الآثار الموقوفة بكتاب الآثار ، وعلى هذا الاصطلاح مشى حجة الإسلام الغزالي في "إحياء العلوم".
ظفر الأماني بشرح المختصر السيد الجرجاني للعلامة اللكنوي تحقيق أبو غدة /٢٤-٢٦.

(٢٢) قال الصدر الشهيد رحمه الله: أهلية الاجتهاد في باب القضاء شرط الأولوية .

(٢٣) ثم اختلفوا في جواز الاجتهاد ، قال جمهور العلماء: الاجتهاد جائز والعمل به واجب ،وقال شرذمة من الناس وهو داود الاصفهاني[1] ومن تابعه: لا يجوز الاجتهاد ولا العمل به.

[معنى الاجتهاد]

(٢٤) فالاجتهاد[2] بذل المجهود لطلب المقصود ، وقال بعضهم: بذل الوسع والطاقة في طلب الحكم الشرعي وقال بعضهم: الاجتهاد افتعال من

١- داود الأصفهاني بن علي بن خلف الأصفهاني أبو سليمان الملقّب بالظاهري، تنسب إليه الطائفة الظاهرية ، وسمّيت بذلك لأخذها بظاهر الكتاب والسنّة وإعراضها عن التأويل والرأي والقياس ، قال ابن الأثير وهو أوّل من انتحل مذهب الظاهر ونفي القياس وهو أصفهانيّ الأصل من أهل قاشان (بلدة قريبة من أصفهان) ومولده في الكوفة انتقل إلى بغداد فأقام بها وسمع الحديث عن القعنبي وابن راهوية ومسدد وغيرهما روى عنه ابنه محمّد وزكريا بن يحيى الساجي وغيرهما كان زاهداً عابداً ، قال ثعلب: كان عقل داوُد أكبر من علمه وله تصانيف أورد ابن النديم أسماءها في زهاء صفحتين، توفي في بغداد سنة ٢٧٠ هـ ، انظر طبقات السبكي ٢:٤٢ ، ميزان الاعتدال ١/٣٢١ ، الأعلام ٢/٣٣٣.

٢- اعلم أن قضية الاجتهاد من القضايا الأصولية المهمة التي تبتنى عليها حركية الشرع الإسلامي ، والحياة الإنسانية متطورة وأحوالها متبدلة عصراً فعصراً وزماناً فزماناً ،=

=فتطبيق الأحكام الشرعية على تلك الوقائع والنوازل المتجددة يقتضي السعة والمرونة، ومع هذا لو لم تكن الشريعة لها أصول دائمة وقواعد مستمرة لتلاشت الشريعة ضمن هذه التغيرات الزمنية.

فالشريعة لها عنصران ، العنصر الأول هو الأحكام الأساسية التي لا تتغير أبداً وهي المطلوب والمقصود من الشريعة الغراء ، والثاني ما يبتنى على الأحوال المتجددة والعوائد المتغيرة ، قال الشيخ وليّ الله الدهلوي رحمه الله: حقيقة الاجتهاد على ما يفهم من كلام العلماء استفراغ الجهد في إدراك الأحكام الشرعية الفرعية عن أدلّتها التفصيلية الراجعة كلياتها إلى أربعة أقسام الكتاب والسنّة والإجماع والقياس ، ويفهم من هذا أنّه أعمّ من أن يكون استفراغاً في إدراك حكم ما سبق التكلم فيه من العلماء السابقين أوّلاً وافقهم في ذلك أو خالف ومن أن يكون ذلك بإعانة البعض في التنبيه على صور المسائل والتنبية على مآخذ الأحكام من الأدلّة التفصيليّة أو بغير إعانة منه ، فما يظنّ فيمن كان موافقاً لشيخه في أكثر المسائل لكنّه يعرف لكلّ حكم دليلاً ويطمئنّ قلبه بذلك الدليل وهو على بصيرة من أمره أنّه ليس بمجتهد ظنّ فاسد وكذلك يظنّ من أنّ المجتهد لا يوجد في هذه الأزمنة اعتماداً على الظن الأوّل بناء فاسد على فاسد. وشرطه أنّه لابدّ له أن يعرف من الكتاب والسنّة ما يتعلّق بالأحكام ومواقع الإجماع ، وشرائط القياس ، وكيفيّة النظر، وعلم العربية ، والناسخ والمنسوخ ، وحال الرواة. ولا حاجة إلى الكلام والفقه.

قال الغزالي : إنما يحصل الاجتهاد في زماننا بممارسة الفقه وهي طريق تحصيل الدراية في هذا الزمان ولم يكن الطريق في زمن الصحابة ذلك.

قلت: هذا إشارة إلى أنّ الاجتهاد المطلق المنتسب لا يتمّ إلاّ بمعرفة نصوص المجتهد المستقل ، وكذلك لابدّ للمستقل من معرفة كلام من مضى من الصحابة والتابعين =

= وتبعهم في أبواب الفقه ، وهذا الذي ذكرناه من شرط الاجتهاد مبسوط في كتب الأصول ، ولا بأس أن يورد كلام البغوي في هذا الموضع! قال البغوى : والمجتهد من جمع خمسة أنواع من العلم ، علم كتاب الله عزّ وجلّ ، وعلم سنة رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم ، وعلم أقاويل علماء السلف من إجماعهم واختلافهم ، وعلم اللغة وعلم القياس ، وهو طريق استنباط الحكم عن الكتاب والسنّة إذا لم يجده صريحاً في نصّ كتاب أو سنّة أو إجماع ، فيجب أن يعلم من علم الكتاب الناسخ والمنسوخ والمجمل والمفسّر والخاص والعام والمحكم والمتشابه والكراهة والتحريم والإباحة والندب والوجوب ، ويعرف من السنّة هذه الأشياء ويعرف منها الصحيح والضعيف والمسند والمرسل ، ويعرف ترتيب السنّة على الكتاب ، وترتيب الكتاب على السنّة ، حتى لو وجد حديثاً لا يوافق ظاهره الكتاب يهتدي إلى وجه محمله ، فإنّ السنّة بيان الكتاب ولا تخالفه ، وإنّما يجب معرفة ما رود منها في أحكام الشرع دون ما عداها من القصص والأخبار والمواعظ ، وكذلك يجب أن يعرف من علم اللغة ما أتى في كتاب أو سنّة في أمور الأحكام دون الإحاطة بجميع لغات العرب فيما يدلّ على المراد من اختلاف المحالّ والأحوال، لأنّ الخطاب ورد بلسان العرب ، فمن لم يعرف لا يقف على مراد الشارع ، ويعرف أقاويل الصحابة والتابعين في الأحكام ومعظم فتاوى فقهاء الأمّة حتّى لا يقع حكمه مخالفاً لأقوالهم نيكون فيه خرق الإجماع ، وإذا عرف من كلّ من هذه الأنواع معظمه فهو حينئذٍ مجتهد ، ولا يشترط معرفة جميعها بحيث لا يشذ عنه شيء منها ، وإذا لم يعرف فلا يجوز له تقلّد القضاء ولا الترصّد، للفتيا وإذا جمع هذه العلوم وكان مجانباً للأهواء والبدع متدرّعا بالوَرَع محترزاً عن الكبائر غير مصرٍّ على الصغائر جاز له أن يتقلّد القضاء ، ويتصرّف في الشّرع بالاجتهاد والفتوى ، ويجب على من لم يجمع هذه الشرائط تقليده فيما يعنّ له من الحوادث ، ١ هـ .

انظر: عقد الجيد ، ٦، ٧، ٨، ٩.

الجهد (بالنصب) وهو التعب والضعف ، والجهد (بالضم) القليل من المال - فالاجتهاد إتعاب النفس المفكّرة أو إضعافها لطلب المقصود - ومن ذلك اجتهاد القاضي والمفتي والمتحرّي - والأصل فيه قول معاذ رضي الله عنه:[1] "أجتهد في ذلك برأيي"[2].

١- معاذ بن جبل - هو معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس الأنصاري الخزرجي ، أبو عبد الرحمن ، صحابي جليل كان أعلم الأمة بالحلال والحرام ، وهو أحد الستة الذين جمعوا القرآن على عهد النبي ﷺ أسلم وهو فتى ، وآخى النبي ﷺ بينه وبين جعفر ابن أبي طالب ، وشهد العقبة مع الأنصار السبعين ، وشهد بدراً وأحداً والخندق والمشاهد كلّها مع رسول الله ﷺ وبعثه رسول الله ﷺ بعد غزوة تبوك قاضياً ومرشداً لأهل اليمن ، وأرسل معه كتاباً إليهم يقول فيه: "إني بعثت لكم خير أهلي" فبقي في اليمن إلى أن توفّي النبي ﷺ وولّي أبو بكر ، فعاد إلى المدينة ، ثم كان مع أبي عبيدة بن الجرّاح في غزو الشام، ولما أصيب أبو عبيدة (في طاعون عمواس) استخلف معاذاً ، وأقرّه عمر، فمات في ذلك العام ، وكان من أحسن الناس وجهاً ومن أسمحهم كفاً ، له ١٥٧ حديثاً ، توفّي عقيماً بناحية الأردن ودفن بالقصير المعيني (بالغور) ومن كلام عمر: "لو لا معاذ لهلك عمر" ينوّه بعلمه.

انظر: صفوة الصفوة ١٩٥/١ ، وأسد الغابة ٣٧٦/٤ ، الأعلام ٢٥٨/٧.

٢- رواه أبو داود في الأقضية ، والترمذي في الأحكام.

الحديث أخرجه الترمذي في سننه برقم ١٣٢٧ ، وأبو داود برقم ٣٥٩٢ وأحمد في المسند ٢٣٠/٥ ، والخطيب البغدادي برقم ٥١١-٥١٢-٥١٣ ، وأرقام أخرى مختلفة وصحّحه قائلاً: وهذا إسناد متصل ورجاله معروفون بالثقة.

(٢٥) وأما شرط صيرورة المرء مجتهداً ، ذكر شيخ الإسلام ركن الدين اللامشي رحمه الله[١].

أن يعلم من الكتاب والسنّة ما يتعلّق به الأحكام الشرعية دون ما يتعلّق به القصص والمواعد[٢] وأن يكون عالماً بوجوه معاني خطابات الشرع وذلك بمعرفة أقسام الكتاب وموارده ومصادره ، وأن يكون عالماً بوجوه العمل بالكتاب والسنّة والقياس ، فأمّا معرفة الفروع المستخرجة بآراء المجتهدين فليس بشرط.

وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي:

ينبغي أن يكون صاحب الحديث له معرفة بالمعنى ، وصاحب الفقه له معرفة بالحديث وأن يكون صاحب قريحة[٣].

١- هو الحسين بن علي أبو القاسم عماد الدين اللامشي نسبته إلى "لامِش" قرية من قرى فرغانة ، إمام فاضل ، ثقة ، ورع ، آمر بالمعروف ،ناه عن المنكر ، قوّال بالحقّ ، لايخاف في الله لومة لائم ، سمع عن أبي بكر محمد بن الحسن ابن منصور النسفي وأخذ العلم عنه عن شمس الأئمة الحلواني عن أبي علي النسفي ، عن أبي بكر محمد بن الفضل عن السبزموني عن أبي عبد الله عن أبيه عن محمد، وله الواقعات والفتاوى (الفوائد البهية /٦٧) وفي هدية العارفين ذيل كشف الظنون ، هو الحسين بن علي بن أبي القاسم ، توفي بسمرقند سنة ٥٢٢ هـ ، له من الكتب الزيادات في الفروع ، الفتاوى ، واقعات اللامشي (٣١٢/١).

٢- في نسخة حيدر آباد "المواعظة"

٣- انظر: شرح أدب القاضي ١٨٩/١.

وقال الشيخ الإمام شمس الأئمّة السرخسي[1] رحمه الله تعالى:

إذا كان يحفظ المبسوط ويعرف مذهب المتقدّمين له أن يجتهد[2].

وقال بعضهم:

شرط صيرورة المرء مجتهداً أن يعلم :

(أ) أنواع الحجج الشرعيّة والعقليّة الموجبة للعلم وأسباب شرائع أصل الدين وفروعه من العبادات الموقّتة وغير الموقّتة، والكفّارات والحدود والمعاملات والأحكام التي هي حقّ الله تعالى في منازلها من الفرائض والواجبات والسنن والنوافل والرخص والعزائم والقضاء.

(ب) وأحكام الألفاظ قدر ما تناولها المسميات ، نحو العام والخاص ، والمؤوّل والمشترك ، والظاهر والنص ، والمفسّر والمحكم، والحقيقة والمجاز ، والصريح والكناية ، ودلالة عرف اللسان ، ودلالة اللفظ في نفسه ودلالة اللفظ في المتكلّم في صفته ، ودلالة محلّ الكلام من حيث صلاحيته له ، والأحكام الثابتة بالظاهر دون القياس ، والثابت بعين النص، والثابت بإشارة

١- شمس الأئمّة السرخسي ، هو محمّد بن أحمد بن أبي سهل أبو بكر شمس الأئمة السرخسي كان إماماً علاّمة ، حجّة متكلّماً مناظراً أصولياً مجتهداً ، لازم شمس الأئمّة عبد العزير الحلواني وأخذ عنه حتى تخرج به وصار أوحد زمانه ، أملى المبسوط نحو خمس عشرة مجلداً وهو في السجن بأوزجند وله كتاب في أصول الفقه ، وشرح السير الكبير ، قيل مات في حدود التسعين وأربعمائة وقيل في حدود خمسمائة (الفوائد البهية /١٥٨).

٢- انظر: شرح أدب القاضي ١/١٨٩-١٩٠.

النص ، والثابت بدلالة النص، والثابت بطريق الاقتضاء ، والثـابت بطريق الإضمار ، والثابت بفحوى النص ، والثابت بعلّة مظنونة ، والثـابت بعلّة أوجبها الاحتياط ، والثابت بالإضافة إلى تعليل مبانيها مع توفّر معانيها من الكناية والإضمار والحذف والاختصار والثابت بالإضافة إلى كون معناها لا يكون معلوماً نحو المجمل والمشترك والمتشابه والمؤوّل.

(ج) يعلم أن كل نوع مما ذكرنا من أنواع الحُجج منقسم إلى قسمين ، ظاهر وباطن - وما للظاهر رجحان لظهوره ولا للباطن لبطونه بل الرجحان موقوف على قدر الأثر في مضمونه - ألا ترى! أن النص حجة ظاهرة من الرسول ، والعلّة حجّة باطنة لا تنال إلا بتأمّل عن العقول ، وكذلك علل الشرع بعضها أظهر من بعض حتى سمّى علماؤنا الظاهر منها قياساً ، والباطن استحساناً ، ثم أخذوا بالقياس مرّة وبالاستحسان أخرى ، ليعلم أن الرجحان بقدر الأثر وقوة المعنى.

(د) ويعلم أنّ خبر الرسول المسموع منه والمرويّ عنه ما هو حجّة قطعاً ويقيناً ، وما هو حجة مع شبهة أنه لا يكون حجّة ، وما لا يكون حجّة مع شبهة أنه يكون حجّة - وما هو حجّة مع تمكّن الشبهة في سنده.

(ه) ويعلم موضع الإجماع - وصورة الإجماع -ومن ينعقد الإجماع بقوله- وبأي شيء ينعقد الإجماع ، ومواقع الإجماع ومراتبه - ويعلم أن الاختلاف في العصر الأول هل يمنع انعقاد الإجماع في العصر الثاني أم لا - ويعلم أنّ انقراض العصر هل هو شرط لانعقاد الإجماع أم لا.

وكلّ فصل من هذه الفصول عرف تمامه في أصول الفقه.

(٢٦) وذكر قاضي القضاة فخر الدين المعروف بقاضيخان رحمه الله[١] في فتاواه: لايسع لأحد أن يجتهد على خلاف ما اتّفق عليه أصحابنا رحمهم الله ، وإن كان مجتهداً متقناً ، لأن الظاهر أن يكون الحقّ مع أصحابنا ولا يعدوهم ، واجتهاده لا يبلغ اجتهادهم ، وإن لم يكن من أصحابنا في مسألة رواية ظاهرة واتّفق فيها المتأخّرون يجب على القاضي المجتهد أن يعمل به ، وإن لم يكن منهم رواية[٢] إن كان القاضيى والمفتي بحال إذا سئل عن عشر مسائل فيصيب بالثمانيّة ويخطئ في بقيّة فله أن يجتهد[٣].

١- قاضي خان ، هو فخر الدين حسن بن منصور بن محمود قاضي خان الأوزجندي الفرغاني ، كان إماماً كبيراً وبحراً عميقاً ، غوّاصاً في المعاني الدقيقة، مجتهداً فهّامة ، أخذ عن ظهير الدين الحسن بن علي المرغيناني وله الفتاوى المشهورة المتداولة والواقعات والأمالي والمحاضر ، وشرح الزيادات ، وشرح الجامع الصغير ، وشرح أدب القضاء للخصّاف وغير ذلك ، توفّي ليلة الإثنين سنة ٥٩٢ (الفوائد البهية/٦٥).

٢- في نسخة "ج" وإن كان منهم رواية وأمر القاضي والمفتي لوكان بحال إلخ .

٣- والمصنف ذكر عبارة قاضي خان فأوجز إيجازاً مخلاً والعبارة لقاضيخان في بداية فتاواه تحت عنوان رسم المفتي ، هكذا.

المفتي في زماننا من أصحابنا ، إذا استفتي في مسألة وسئل عن واقعة ، إن كانت المسألة مرويّة عن أصحابنا في الروايات الظاهرة بلا خلاف بينهم ، فإنّه يميل إليهم ويفتي بقولهم ولايخالفهم برأيه وإن كان مجتهداً متقناً ، لأنّ الظاهر أن يكون الحقّ مع أصحابنا ولا يعدوهم ، واجتهاده لا يبلغ اجتهادهم ولا ينظر إلى قول من خالفهم ، ولا تقبل حجته لأنهم عرفوا الأدلّة وميّزوا بين ما صحّ وثبت وبين ضدّ ، فإن كانت المسألة مختلفاً فيها بين أصحابنا ، فإن كان مع أبي حنيفة رحمه الله أحد صاحبيه ، يأخذ بقولهما ، لوفور الشرائط واستجماع أدلّة الصواب فيهما ، وإن خالف أبا حنيفة صاحباه في ذلك فإن كان اختلافهم اختلاف عصر وزمان كالقضاء بظاهر العدالة يأخذ بقول صاحبيه لتغيّر أحوال الناس......وقال عبد الله بن المبارك يأخذ بقول أبي حنيفة رحمه الله. وتكلّموا في المجتهد، =

[ما يشترط في القاضي]

(٢٧) وذكر بعض المشائخ:

أهل القضاء من كان ذكراً ، حراً ، عاقلاً ، بالغاً ، مسلماً ، عالماً، عدلاً[١] ، سميعاً ، بصيراً.

(٢٨) قال العبد:

ينبغي أن (لا) يكون الذكورة والحرية والبصر شرطاً لازماً[٢] لأن المرأة تصلح شاهدة وتصلح قاضية – لأنّ القضاء يستقى من باب الشهادة ، وكل من كان أهلاً للشهادة يكون أهلاً للقضاء والمرأة تصلح شاهدة في الحقوق كلّها ، فتصلح قاضية.

ولا يقال شهادتها لا تقبل في الحدود والقصاص ، فلا تصلح قاضية فيها ، لأنّا نقول شهادة النساء في الحدود والقصاص مختلف فيه، ذكر في الجامع الكبير في "باب ما ينفذ من قضاء القاضي وما لاينفذ" ولو أنّ قاضياً قضى

=قال بعضهم من سُئِل عن عشر مسائل مثلاً فيصيب في الثمانية ويخطئ في البقيّة فهو مجتهد، إلخ (٢/١ طبع نو لكشور لكناؤ ،الهند).

١- عدلاً – غير مذكور في نسخة "ج"حيدر آباد.

٢- في المخطوطة لم تذكر الصيغة المنفية بل ذكر "ينبغي أن يكون" وهذا مما لا ينبغي قطعاً لأن المصنّف قد استدلّ على عدم لزوم هذه الشرائط بأن المرأة تصلح أن تكون قاضية وكذلك العبد والأعمى من أهل الشهادة عند مالك رحمه الله ، فينبغي أن يكون أهلاً للقضاء عنده ، فظهر أن في عبارة المخطوطة نقص لذلك أضفنا لفظ "لا" بين القوسين.

بشهادة رجل وامرأتين في حدّ أوقصاص واستوفى ذلك ، لاينتقض قضاؤه لأنّ قضاءه وقع في محلّ الاجتهاد فإنّ من مذهب شريح أنّ لشهادة النساء مدخلاً في الحدود والقصاص[1]، وكذلك الحرّيّة لأنّ العبد من أهلِ الشهادة عند مالك رحمه الله وكذلك البصر لأنّ الأعمى أهل للشهادة عنده أيضاً فينبغي أن يكون أهلاً للقضاء.

إلا أن محمّداً رحمه الله لم يعتبر خلاف مالك[2] لانعقاد إجماع السلف على خلاف قوله.

(٢٩) وأمّا الإسلام إنما شرط للقضاء على المسلمين لا على أهل الذمّة [3].

١- لا يصح قضاء المرأة عند الشافعي رحمه الله على الإطلاق ، وعند الإمام ابن جرير الطبري يجوز على الإطلاق وفي مذهب أبي حنيفة رحمه الله يجوز في غير الحدود والقصاص، أنظر أدب القاضي للماوردي ٦٢٥/١-٦٢٦ وبدائع الصنائع للكاسانى ٤٠٧٩/٩.

٢- الإمام مالك: هو الإمام مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر بن عمرو بن الحارث الأصبحي الحميري أبو عبد الله المدني إمام دار الهجرة وأحد الأئمّة المتبوعين ، روى عن نافع ومحمّد بن المنكدر وجعفر الصادق وحميد الطويل وخلق ، وعنه الشافعي وخلائق جمعهم الخطيب في مجلد.

قال عنه البخاري: أصح الأسانيد مالك عن نافع عن ابن عمر.

وقال الشافعي: إذا جاء الأثر فمالك النجم ، له مؤلّفات نافعة ، أهمّها الموطأ. مات بالمدينة سنة ١٧٩ هـ (هدية العارفين ١/٦ وتذكرة الحفاظ ٢٠٧/١ وطبقات الحفاظ ٨٩/ ، صفوة الصفوة ١٢٠/٢).

٣- انظر: الدر المختار ٤١٥/٤ وردّ المحتار ٤١٤/٤-٤١٥ ،الكافر يجوز تقليده القضاء ليحكم بين أهل الذمّة ذكره الزيلعى ٤١٥/٤ الدر المختار.

(٣٠) أمّا البلوغ والعقل والسمع فشرط لازم وقد ذكر صاحب الأقضية أنّ بذهاب السمع والبصر[1] والعقل ينعزل القاضي.

(٣١) وأمّا العلم فشرط لازم عند الشافعي[2] رحمه الله حتّى أن القاضي إذا لم يكن عالماً بالكتاب والسنّة وأقاويل السلف من إجماعهم واختلافهم ولسان العرب ووجوه القياس، لا يجوز قضاؤه، فلو أنّ الإمام قلّد القضاء لمن لم

١- فأمّا الأعمى فلا يجوز تقليده ولو عمي بعد التقليد بطلت ولايته لأنّه لايفرّق بين الطالب والمطلوب (أدب القاضي للماوردي ١/٦٢٢) وأمّا سلامة السمع والبصر فإنّ القاضي عياضاً حكى فيه الإجماع من العلماء ، مالك وغيره وهو المعروف إلا ما حكاه الماوردي عن مالك أنّه يجوز قضاء الأعمى ، وذلك غير معروف ولا يصحّ عند مالك (تبصرة الحكّام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابن فرحون المالكي رحمه الله ١/١٩، دار الكتب العلمية بيروت) ونفذ حكم أعمى وأبكم وأصمّ ووجب عزله (مختصر الشيخ خليل في الفقه المالكي٤٠٧).

٢- الإمام الشافعي: هو أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان ابن شافع الهاشمي القرشي المطّلبي أحد الأئمّة الأربعة ، ولد بغزّة بفلسطين سنة ١٥٠ هـ روى عن محمد بن علي وأبي أسامة وابن عيينه ومالك وابن علية وابن فُديك وعنه ابنه أبو عثمان محمّد والإمام أحمد بن حنبل وأبو ثور وأبو عبيد القاسم والمزني وخلق كثير ، مات في آخر رجب سنة ٢٠٤ هـ، وله تصانيف كثيرة منها: الأم في الفقه سبع مجلدات ، المسند في الحديث وأحكام القرآن والسنن والرسالة في أصول الفقه ، وهو من أذكياء العالم صاحب قريحة وقّادة ، وكتابه كتاب الرسالة أوّل كتاب في أصول الفقه ، وقضى آخر حياته في مصر وله أقوال مختلفة عليها أثر فقه الحجاز والعراق ومصر (تذكرة الحفاظ ١/٣٢٩ الأعلام ٦/٢٦).

يجتمع فيه هذه الخصال لا يصير قاضياً – ولو قضى بفتوى غيره لا ينفذ قضاؤه عنده.

وعندنا العلم بهذه الأشياء شرط الأولويّة لا شرط الجواز حتى أن الجاهل لو قلّد القضاء يجوز ولو قضى بفتوى غيره ينفذ قضاؤه[1].

١- تقليد الجاهل لا يجوز عند الشافعي رحمه الله ، وعند أبي حنيفة رحمه الله جائز في نفسه وفاسد لمعنى في غيره فلذلك لا ينبغي أن يولّى الجاهل – قال الكاساني في البدائع "لكن مع هذا لا ينبغي أن يقلّد الجاهل بالأحكام ،لأنّ الجاهل بنفسه ما يفسد أكثر مما يصلح بل يقضي بالباطل من حيث لا يشعر به – إلا أنّه لو قُلّد جاز عندنا ، لأنّه يقدر على القضاء بالحقّ بعلم غيره بالاستفتاء من الفقهاء فكان تقليده جائزاً في نفسه فاسداً لمعنىً في غيره ، والفاسد لمعنى في غيره يصلح للحكم عندنا مثل الجائز حتى ينفذ قضاياه التي لم يجاوز فيها حدّ الشرع ، وهو كالبيع الفاسد أنه مثل الجائز عندنا في حق الحكم" بدائع الصنائع ٤٠٧٩/٩، وما المراد بالعامي في مسئلة تقليد العامى فقال أكثر الأحناف أنّ المراد به الجاهل لكنّ ابن الغرس يقول" أن العامي ضد المجتهد ، فعند الحنفية لايجب أن يكون القاضي مجتهداً فقال ابن عابدين: وعيّن ابن الغرس الثاني قال وأقلّه أن يحسن بعض الحوادث والمسائل الدقيقة وأن يعرف طريق تحصيل الأحكام الشرعية من كتب المذهب وصدور المشائخ وكيفية الإيراد والإصدار في الوقائع والدعاوى والحجج (رد المحتار ٤٢٤/٤) وخالفه صاحب النهر وصاحب البحر وصاحب العناية وقالوا إنّ المراد بالعامي هو الجاهل ورجّح المحقّق ابن همام رأي صاحب النهر ، وابن عابدين الشّامي قال إن ما استدل به صاحب النهر فيه مجال للبحث فقال: "ونازعه في النهر ورجّح أنّ المراد "الجاهل" لتعليلهم بقولهم لأنّ إيصال الحقّ إلى مستحقّه يحصل بالعمل بفتوى غيره ، قال في الحواشى اليعقوبيّة "إذ المحتاج إلى فتوى غيره هو من لا يقدر على أخذ المسائل من كتب الفقه وضبط أقوال الفقهاء ، ونحوه في البحر عن العناية وكذا رجّحه ابن الكمال قلت وفيه للبحث مجال.

(٣٢) وأمّا العدالة فقد اختلف المشائخ في كونها شرطاً – ذكر الشافعي والخصّاف[١] والطحاوي[٢] رحمهم الله، أنّها شرط لازم، وذكر

١- الخصّاف: هو أحمد بن عمرو وقيل عمرو بن مهير وقيل مهران الشيباني أبو بكر الخصّاف ، والخصّاف يقال لمن يخصف النعل ، وإنّما اشتهر بالخصّاف لأنه كان يأكل بصنعته قال ابن النجّار: وذكر بعض الأئمّة: كان الخصّاف زاهداً ورعاً ، يأكل من كسبه ، وقد وضعه العلاّمة شمس الدين أحمد المعروف بابن كمال باشا في طبقة المجتهدين في المسائل التي لارواية فيها عن صاحب المذهب، وقال شمس الأئمّة الحلواني: الخصّاف رجل كبير في العلم، وهو ممن يصحّ الاقتداء به ،توفّي سنة ٢٦١ هـ وولادته حوالى سنة ١٨١ هـ، أخذ الفقه عن عمر بن مهير عن الحسن عن أبي حنيفة وروى الحديث عن أبيه وعن عاصم النبيل وهشام بن عبد الملك وإبراهيم بن بشار الرمادي ، ومسدّد بن مسرهد وغيرهم من المحدّثين، وله كتب كثيرة، منها كتاب أحكام الأوقاف ،وكتاب أدب القاضي الذي شرحه الصدر الشهيد ، وكتاب الحيل ، وكتاب الشروط الكبير وكتاب الشروط الصغير وكتاب النفقات وغيرها من الكتب (الفوائد البهية/٢٩ ، الجواهر المضيئة١/٢٣٠ ، تاج التراجم /٩٧).

٢- الإمام الطحاوي: هو أحمد بن محمّد بن سلامة بن سلمة بن عبد الملك بن سلمة بن سُليم بن حبّاب الأزدي الحجري المصري أبو جعفر الطحاوي الإمام الحافظ ذكره الذهبي في الحفّاظ الذين يرجع إلى اجتهادهم في التوثيق والتضعيف والتصحيح والتزيف ، وقال الإمام العلاّمة الحافظ ، صاحب التصانيف البديعة ، قال ابن يونس: كان ثقة ثبتاً فقيهاً عاقلاً لم يخلف مثله وقال السيوطي: الإمام العلاّمة الحافظ صاحب التصانيف البديعة ، وقال: أيضاً انتهت إليه رئاسة أصحاب أبي حنيفة رحمه الله وله معاني الآثار ، أحكام القرآن ، التاريخ الكبير واختلاف العلماء ومؤلّفات أخرى=

صاحب الذخيرة [1] أنّ مشائخنا شرطوا العدالة في القاضي لصحة التقليد ولصيرورته قاضياً وهكذا روي عن أصحابنا رحمهم الله في غير رواية الأصول، وعلى ظاهر رواية أصحابنا العدالة شرط للأولويّة ، وذكر صاحب الأقضية أنّ الفاسق لو قلّد القضاء ينفذ قضاؤه، وإليه أشار في حدود الأصل — إذا قال القاضي قضيت بالجور وأعلم به يضمن ذلك ويعزل عن القضاء ، فدلّ أنه بقي قاضياً حتى يحتاج إلى العزل.

(أ) وذكر الخصّاف رحمه الله القاضي إذا ارتشى ثم حكم يردّ حكمه ، فإذا ردّ ما أخذه وتاب فهو على قضائه ، هكذا ذكر هشام رحمه الله[2] في نوادره.

=نافعة ولد سنة ٢٢٩ هـ وقيل سنة ٢٣٩ هـ وقد مات سنة ٣٢١ هـ تذكرة الحفّاظ ١/ ١٤٧ ، طبقات الحفاظ / ٣٣٧.

١- قد سبق ذكره هو الإمام برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري سنة م٦١٦ هـ .

٢- هشام: هو هشام بن عبد الله الرازي تفقّه على أبي يوسف ومحمّد ومات محمّد في منزله بالرّي ودفن في مقبرته ، وله النوادر وصلاة الأثر ، وقال الذهبي في الميزان هشام عن مالك وعنه أبو حاتم ، قال لقيت ألفاً وسبعمائة شيخ وأنفقت في العلم سبعمائة ألف درهم وقال أبو حاتم صدوق ما رأيت أعظم قدراً منه ، وعن ابن حبّان قال: كان هشام ثقة ، (الفوائد البهية/٢٢٣) .

وذكر عبد القادر القرشي الحنفي في الجواهر المضيئة اسم أبيه عبيد الله ، وقال هشام بن عبيد الله الرازى ، ٣/ ٥٦٩.

(ب) وعن محمّد رحمه الله وهو رواية ابن أبي مالك[1] عن أبي يوسف عن أبي حنيفة[2] رحمهم الله أن القاضي ينعزل بالجور وإن لم يعزل ، وقال أبو عبد

١- ابن أبي مالك: هو الحسن بن أبي مالك تفقّه على أبي يوسف القاضي وتفقّه عليه محمّد بن الشجاع قال الصيمري: ثقة في روايته ، غزير العلم واسع الرواية كان أبو يوسف يُشبّهه بجمل حمل أكثر مما يطيق ، توفّي في السّنة التي مات فيها الحسن بن زياد سنة ٢٠٤ هـ ، الجواهر المضيئة ٩١/٢ ، الفوائد البهية/٦٠.

٢- هو نعمان بن ثابت بن زوطه إمام معروف وأقدم الأئمة الأربعة المجتهدين ولد سنة ٨٠ هـ من الهجرة وتوفّي سنة ١٥٠ هـ وقد زار بعض الصحابة وأيضاً روى عن بعض منهم وصحب كبار التابعين كان صاحب قريحة جيّدة وصاحب نظر عميق وهو أوّل من جمع الفقهاء على رصيف واحد ، واجتهدوا في مسائل اجتماعيّة ودوّنوا الفقه ، له مجلس فيهم من هو ماهر في الحديث النبوي الشريف ومن هو له نظر عميق في تفسير القرآن الكريم ، وأيضاً في اللغة والنحو والصرف وأيضاً في عادات الناس وأيضاً يعرفون أقوال الصحابة والإجماع والخلاف ، وللإمام رحمه الله منهج خاص في الاستنباط فأوّلاً يرجّح القرآن ثم ما وافقه من السنّة فيرجّح الحديث الضعيف على القياس ولا يخرج من الإجماع وقد تلمذ عليه أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم القاضي والإمام محمّد بن الحسن الشيباني والإمام زفر بن هذيل والحسن بن زياد والإمام داود الطائي وعافية بن يزيد الأودي ومن الأئمّة المحدّثين عبد الله بن المبارك وغيرهم من أكابر الأمة ، فرحمه الله رحمة واسعة وله مؤلّفات ذكرها ابن النديم في فهرسته (١) كتاب الردّ على القدرية (٢) رسالته إلى البطى(٣) كتاب العالم والمتعلم (٤) الفقه الأكبر. انظر الفهرست لابن النديم /٤٢٨.

الله البصرى[1] لا يجوز قضاؤه ، ولو فسق ينعزل ثم لا يعود إلى ولايته إلا بتقليد مستقبل.

[قضاء الفاسق]

(ج) وروي في النوادر عن أبي يوسف ومحمد وأبي حنيفة رحمهم الله أن القاضي إذا كان غير عدل في نفسه فقضى لا يجوز قضاؤه ، وقال العراقيون من مشائخنا لا ينعزل إلا بالعزل ، وذكر في أدب القاضي للحسن بن زياد[2] رحمه الله أن القاضي إذا فسق لا ينفذ قضاياه، ولو علم أنه كان فاسقا حين ولي ينبغي لكل قاض رفع إليه قضاياه أن يبطلها ، وقال بعض مشائخنا إن

١- أبو عبد الله البصري الإمام الكبير رأس المعتزلة ، اسمه الحسين بن علي من أصحاب الكرخي ذكره الصيمري في طبقة أبي محمد بن عبدل ، ولم يبلغ أحد مبلغه في هذين العلمين يعني الكلام والفقه ، مع سعة النفس وكثرة الأفضال التقدم عند السلطان وإيثار الأصحاب ، ومن تصانيفه في الفقه: كتاب الزيادات والجامع الكبير والجامع الصغير والكلام في حكم الدار ومختصر كتاب أبي الحسن الكرخي وله أصول الفقه ثماني مجلدات ، توفي سنة ٣٦٩ ، ودفن في تربة الكرخي وصلى عليه الحسن بن عبد الغفار النحوي (الجواهر المضيئة ٤/٦٣-٦٤).

٢- الحسن بن زياد هو الحسن بن زياد اللؤلؤي ، ولي القضاء ثم استعفي عنه وكان يكسو مماليكه ما يكسو نفسه وكان يختلف إلى أبي يوسف وإلى زفر رحمهما الله قال يحي بن آدم ما رأيت أفقه من الحسن بن زياد ، وقال محمد بن سماعة ، سمعت الحسن بن زياد يقول: كتبت عن ابن جريج اثنى عشر ألف حديث كلها يحتاج إليها الفقهاء ، قال ابن الندم في الفهرست: له كتاب المجرد لأبي حنيفة ، كتاب أدب القاضي ، كتاب الخصال ، كتاب معاني الإيمان ، كتاب النفقات ،كتاب الخراج ، كتاب الفرائض، كتاب الوصايا، توفي رحمه الله سنة ٢٠٤ هـ ، تاج التراجم / ١٥١-١٥٠ ، الفوائد البهية / ٦٠-٦١.

كان عدلاً حين قلّده السلطان ثم فسق ينعزل ، لأن التقليد حينئذ تقليد بحال دون حال ، وإن كان فاسقاً حين التقليد ، لا ينعزل لأنه لا يتقلد بحال دون حال.

(د) ومن المشائخ من قال إن كان القاضي مرتزقاً من بيت المال ينعزل بالفسق ، وإن لم يكن مرتزقاً من بيت المال لا ينعزل بالفسق.

(هـ) قال الصدر الشهيد رحمه الله: الصحيح ما عليه عامّة المشايخ أن الفاسق يصير قاضياً وإذا فسق القاضي العدل لا ينعزل ، وكذا إذا ارتشى لا ينعزل ، وينفذ قضاؤه إلا فيما ارتشى.

(و) قال الشيخ الإمام إسمعيل الزاهد[1] إني أحفظ عن أصحابنا المتقدمين رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمّد رحمهم الله أن القاضي إذا فسق ينعزل، ولكن أدع هذه الرواية ولأخالف أصحابي وأقول "لاينعزل مالم يعزل وينفذ قضاؤه إلا فيما ارتشى ، وذكر صاحب الذخيرة أن القاضي إذا ارتشى كان حكمه فيما ارتشى وسجله باطلاً ، وقضاياه فيما لم يرتش نافذة ، هكذا

١- إسماعيل الزاهد: هو إسماعيل بن علي بن الحسين بن زنجويه الرازي أبو سعد السمّان حافظ متقن معتزلي كان شيخ المعتزلة وعالمهم ومحدّثهم في عصره ، قيل بلغت شيوخه ثلاثة آلاف وستمائة ، وعاش حياته كلها لم يكن لأحد عليه منة ولا يد.

وذكر الأستاذ أبو علي الحسين بن محمد بن مردك في تاريخه "الشيخ الزاهد إسماعيل بن علي السمّان شيخهم وعالمهم وفقيههم ومتكلمهم ومحدّثهم" إلى أن قال: وكان إماماً أيضاً في فقه أبي حنيفة وأصحابه ، في معرفة الخلاف بين- أبي حنيفة والشافعي وفي فقه الزيدية وفي الكلام.

ذكره ابن خلكان في تاريخه في ترجمة الرّئيس ابن سيناء وقال: كان له نحواً من أربعة آلاف شيخ، وكان أبو علي يختلف إلى إسماعيل الزاهد في الفقه ويتلقف مسائل الخلاف ويناظر ويجادل (كشف الظنون ١٨٩/٢ ، الجواهر المضيئة ٤٢٤/١ وفيات الأعيان ١٥٨/٢).

ذكر الخصّاف في أدب القاضي ، وبه أخذ الشيخ الإمام شمس الأئمّة الحلواني[1] وشمس الأئمّة السرخسي رحمهم الله ، وذكر فخر الإسلام علي البزدوي رحمه الله[2] أن قضاياه نافذة فيما ارتشى وفيما لم يرتش ، وهذا بناء

١- شمس الأئمّة الحلواني: هو عبد العزيز بن أحمد بن نصر بن صالح شمس الأئمّة الحلواني نسبة لبيع الحلوى صاحب المبسوط ، إمام الحنفية في وقته ببخارى ، وكان إمام أهل الرأي تفقّه على القاضي أبي علي الحسين الخَضِر النسفي وأبي الفضل الزرنجري وتفقّه عليه الأنلقي وسمع منه شمس الأئمّة السرخسي ، ألّف مؤلّفات عديدة منها المبسوط في الفقه والنوادر في الفروع والفتاوى وشرح أدب القاضي ، وقد اختلفت الروايات في تحديد سنة وفاته فقال الذهبي سنة ٤٥٦ هـ ، أصح فإنه بخط شيخنا القرضي ، وقال النخشي في معجمه مات ٤٥٢ هـ وقال أبو العلاء القرضي مات ببخاري في شعبان سنة ٤٥٦ هـ وفي الجواهر المضيئة توفي سنة ٤٤٨ أو ٤٤٩ هـ بكش ونقل صاحب الأعلام بالجزم سنة ٤٤١هـ ، (الجواهر المضيئة ٤٢٩/٢ ، الأعلام ١٣/٤ ، تاج التراجم / ١٩٠).

٢- فخر الإسلام علي البزدوي: هو علي بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم بن موسى بن عيسى بن مجاهد أبو الحسن فخر الإسلام البزدوي نسبة إلى بزدة، قلعة بقرب نسف ، الفقيه الكبير بماوراء النهر ، صاحب الطريقة على مذهب أبي حنيفة رحمه الله ، له كتاب المبسوط أحد عشر مجلداً ، وشرح الجامع الصغير والجامع الكبير ، وكتاب في أصول الفقه المسمّى وكنز الوصول إلى معرفة الأصول يعرف بأصول البزدوي وتفسير القرآن الكريم كبير جداً وأيضاً غناء الفقهاء في الفقه ، قال الذهبي رحمه الله وكان مولده في حدود الأربعمائة، روى عنه صاحبه أبوالمعالي محمد بن نصر بن منصور المديني الخطيب بسمرقند ، توفّي رحمه الله يوم الخميس من رجب سنة ٤٨٢ هـ ودفن بسمرقند.

(معجم المؤلفين ١٩٢/٢ ، الجواهر المضيئة ، ٥٩٤/٢ ، تاج التراجم /٢٠٥، معجم البلدان ٤٨٦/١).

على أن القاضي بأخذ الرشوة صار فاسقاً ، والقاضي بالفسق ينعزل عند بعض المشايخ ولا ينعزل عند عامتهم[1].

(ز) ولو ارتشى القاضي أو كاتبه أو خادمه أو أحد من ناحيته ليعين الراشي عند القاضي وهو مُحِقٌّ فقضى القاضي بالحق وهو لايعلم بذلك أثم الراشي وحرم ذلك على القابض ونفذ القضاء ، ولو علم القاضي بذلك فقضاؤه باطل[2] كما لو ارتشى بنفسه.

(ح) وذكر في الفتاوى قال نصر[3]: سألت أبا سليمان[4] عن قاض غير عدل قضى بقضائه بالحق قال في قول علمائنا كلّ قاض لايجوز شهادته لا يجوز

١- العدالة شرط لازم لصحة تقليد القضاء عند الشافعي رحمه الله وشرط الكمال عند عامة الأحناف ، وهكذا قول عبد الرحمن بن كيسان أبو بكر الأصم والشرط الخامس العدالة فمعتبرة في القضاء (أدب القاضي للماوردي) وحكى عن الأصم صحة ولايته (الفاسق ونفوذ حكمه (أدب القاضي للماوردي ٦٣٤/١) والعدالة ليست بشرط للأهلية بل هي شرط الأولويّة حتى أنّ الفاسق يصح قاضياً لكن الأفضل أن يكون القاضي عدلاً ، وعند الشافعي رحمه الله لايصح قاضياً وهو رواية الخصاف (معين الحكام للطرابلسي ١٥) ولكن لا ينبغي أن يقلّد الفاسق لأن القضاء أمانة عظيمة وهي أمانة الأموال والأبضاع والنفوس فلا يقوم بوفائها إلا من كمل ورعه وتم تقواه (بدائع الصنائع ٤٠٨٠/٩) والفاسق أهلها فيكون أهله لكنه لا يقلّد وجوباً ويأثم مقلّده (رد المحتار ٤١٥/٤).

٢- في نسخة ج "مردود" موضع باطل.

٣- نصر هو نصر بن أحمد بن العباس: أبو أحمد العياضي تفقه على أبيه أبي نصر عن أبي بكر الجوزجاني عن أبي سليمان الجوزجاني عن محمّد وكان فائق أقرانه ووحيد زمانه برع في المذهب (الجواهر المضية ٥٣٥/٤ الفوائد البهية /٢٢٠).

٤- أبو سليمان: هو موسى بن سليمان أبو سليمان الجوزجاني أصله من جوزجان من كوربلخ بخراسان، تفقه واشتهر ببغداد وكان رفيقاً للمعلّى بن منصور المتوفي سنة=

قضاؤه ، وذكر في الجامع الأصغر[1] عن أصحابنا الثلاثة كلّ قاض لا يجوز شهادته فقضاياه كلها مردودة وإن قضى بالحقّ ، وعن محمّد رحمه الله القاضي إلى الورع أحوج منه إلى العلم لأنّه إذا كان ورعاً فورد عليه شيءلم يقدم عليه حتى يسأل فيقضي بها ، هكذا ذكر في الحاوي[2].

[ارتداد القاضي]

(ط) وذكر في الذخيرة أن القاضي إذا ارتدّ والعياذ بالله أو فسق ثم أسلم وأصلح فهو على حاله لأن أمر المرتد موقوف ، لكن ما قضى في حال ردته وفسقه كان باطلاً ، وقال هشام: ينعزل بالردّة ، والفتوى على أنّه لا ينعزل فإن الكفر لاينافي ابتداء القضاء في إحدى الروايتين حتى لو قلّد كافر به ثم أسلم هل يحتاج إلى تقليد جديد ، فيه روايتان.

=٢١١ هـ في أخذ الفقه ورواية الكتب وهو أسنّ وأشهر من المعلّى - من تصانيفه السير الصغير ، كتاب الصلوة ، كتاب الراهن ، ونوادر الفتاوى ، الجواهر المضيئة ٥١٨/٣ ، الأعلام ٣٢٣/٧.

١- الجامع الأصغر في الفروع: للشيخ الإمام الزاهد محمد بن الوليد السمرقندي الحنفي (كشف الظنون ٥٣٢/١).

٢- الحاوي: الحاوي الحصيري في فروع الحنفية للشيخ الإمام محمد بن إبراهيم بن أنوش الحصيري الحنفي تلميذ شمس الأئمة السرخسي م سنة ٥٠٥ هـ وهو أصل من أصول الكتب الحنفية ،وفيه شيء كثير من فتاوى المشائخ يرجع إليه ويعتمد عليه(كشف الظنون ٦٢٥/١ ، ٦٢٤).

[استقضاء الصبي]

(ى) وذكر صاحب الذخيرة إذا استقضي الصبي ثم أدرك ليس له أن يقضي بذلك الأمر وأحال إلى باب الجمعة في صلاة المنتقى[1] رواه إبراهيم[2] عن محمّد رحمهما الله.

[استقضاء العبد]

(ك) والعبد إذا استقضي ثم عتق ، كان له أن يقضي بذلك الأمر لأن العبد أهل للقضاء حقيقة إلا أنه لم يجز حكمه لقيام الرق فإذا زال المانع ، ينفذ حكمه من غير تقليد جديد بخلاف الصبي.

[أخذ القضاء بالرشوة]

(ل) وذكر في الذخيرة أن مشائخنا رحمهم الله اختلفوا فيما إذا أخذ القضاء بالرشوة هل يصير قاضياً أم لا والصحيح أنه لا يصير قاضياً.

١- المنتقى: المنتقى في فروع الحنفيّة للحاكم الشهيد أبي الفضل محمّد بن محمد بن أحمد المقتول شهيداً سنة ٣٣٤ ، (أربع وثلاثين وثلاثمائة) وفيه نوادر من المذهب ولا يوجد المنتقى في هذه الأعصار كذا قال بعض العلماء ، وقال الحاكم نظرت في ثلاثمائة جزء (مؤلّف) مثل الأمالي والنوادر حتى انتقيت كتاب المنتقى.

انظر: كشف الظنون ١٨٥١/٢-١٨٥٢.

٢- هو إبراهيم بن رستم أبوبكر المروزي أحد الأعلام تفقّه على محمّد بن الحسن وروى عنه النوادر (قال الجامع) قال عليّ القاري روى عن أبي عصمة نوح المروزي وأسد البجلي وهما ممّن تفقّه على أبي حنيفة وسمع من مالك والثوري وحمّاد بن سلمة وغيرهم ، قدم بغداد غير مرّة فروى عنه أئمّة الحديث أبو عبد الله أحمد بن حنبل وغيره ، مات بنيسابور ، قدمها حاجًا سنة إحدى عشر ومائتين انتهى.

انظر: تاج التراجم /٨٦-٨٧ ، والفوائد البهيّة /٩-١٠.

الفصل الرابع

في بيان تقلّد القضاء من السلطان العادل والجائر والحكم الصادر من المقلّد

(٣٣) ذكر الصدر الشهيد رحمه الله في شرح أدب القاضي[1]: أنّه يجوز تقلّد القضاء من السلطان الجائر كما يجوز من السلطان العادل، ألا ترى أن الصحابة رضي الله عنهم تقلّدوا من معاوية[2] بعد ما أظهر الخلاف مع

١- والعبارة في شرح أدب القاضي للصدر الشهيد رحمه الله المطبوعة من تحقيق محي هلال السرحان هكذا "فيجوز تقلّد القضاء من السلطان العادل والجائر جميعاً أما العادل......وأما الجائر فإن الصحابة رضي الله عنهم تقلّدوا الأعمال عن معاوية بعد ما أظهر الخلاف مع علي رضي الله عنه والحق مع علي في نوبته ١/١٢٩-١٣٠ ؛ فما كتبه المصنف رحمه الله فيه تفصيل وما طبع فيه إجمال وإيجاز.

٢- معاوية رضي الله عنه : هو معاوية بن أبي سفيان صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف ، القرشي الأموي ، مؤسّس الدولة الأمويّة في الشام، وأحد دهاة العرب المتميزين الكبار، كان فصيحاً حليماً وقوراً ، ولد بمكة، وأسلم يوم فتحها سنة ٨ هـ وتعلّم الكتابة والحساب ، جعله رسول الله ﷺ في كتّابه ، ولما ولّي أبو بكر ولاه قيادة جيش تحت إمرة أخيه يزيد بن أبي سفيان ، فكان على مقدّمته في فتح مدينة صيداء وعرقة وجبيل وبيروت ولما ولي عمر جعله والياً على الأردن ،ورأى فيه حزماً وعلماً فولاّه دمشق بعد موت أميرها يزيد (أخيه) وجاء عثمان فجمع له الديار الشامية كلّها وجعل ولاة أمصارها تابعين له ، وقد دامت لمعاوية رضي الله عنه الخلافة إلى أن بلغ سنّ الشيخوخة فعهد بها إلى ابنه يزيد، ومات في دمشق سنة ٦٠ هـ ، له ١٣٠ حديثاً، اتفق البخاري ومسلم على أربعة منها وانفرد البخاري بأربعة ومسلم بخمسة، وهو أحد عظماء الفاتحين في الإسلام ، وهو أوّل مسلم ركب بحر الروم للغزو وأول من=

علي[1] رضي الله عنه ، والحقّ كان مع علي رضي الله عنه في نوبته ، والتابعين تقلّدوا من الحجّاج وكان جائراً إلا إذا كان لا يمكنه من القضاء بحق ، لأن المقصود حينئذ لا يحصل بالتقليد.

[تقلد القضاء ممن ليس بأهل]

(٣٤) السلطان إذا أمّر غلاماً على بلدة وأمره بنصب القضاة جاز تقلّد القضاء منه لأنّ التقليد منه يكون بطريق النّيابة ، ويكون نصبه كنصبه بنفسه.

=جعل دمشق مقرّ خلافته ، وأوّل من اتخذ المقاصير والحرس والحجاب في الإسلام ، وهو أول من نصب المحراب في المسجد ، كان يخطب قاعداً ، وكان طوالاً جسيماً أبيض ، إذا ضحك انقلبت شفته العُليا ، وضربت في أيّامه دنانير وكان أمير المؤمنين عمر بن الخطّاب إذا نظر إليه يقول: هذا كسرى العرب.
انظر: الأعلام ٢٦١/٧-٢٦١.

١- علي بن أبي طالب رضي الله عنه: هوعلي بن أبي طالب بن عبد المطلب الهاشمي القرشي ، أبو الحسن أمير المؤمنين ، رابع الخلفاء الراشدين ، وأحد العشرة المبشّرين ، وابن عمّ النبي وصهره ،وأحد الشجعان الأبطال ومن أكابر الخطباء والعلماء بالقضاء ، ولد بمكة ، وربّي في حجر النبي ﷺ ولم يفارقه ، وكان اللّواء بيده في أكثر المشاهد ، ولّما آخى النبي ﷺ بين أصحابه قال له: أنت أخي ، وولّي الخلافة بعد مقتل عثمان ابن عفان سنة ٣٥ هـ، روى عن النبى ﷺ ٥٨٦ حديثاً ، وكان نقش خاتمه "الله الملك" كان رضي الله عنه أسمر اللّون عظيم البطن والعينين، أقرب إلى القصر ،أفطس الأنف ، دقيق الذراعين ، وكانت لحيته ملء ما بين منكبيه ولد له ٢٨ ولداً منهم ١١ ذكراً و١٧ أنثى (أنظر الأعلام ٢٩٥/٤-٢٩٦).

[قضاة أهل العدل عند غلبة البغاة]

(٣٥)(أ) وذكر في أدب القاضي[١]:

لو أنّ قوماً من أهل الخوارج أو من أهل العدل غلبوا على مدينة أو مصر من أمصار المسلمين ، حتّى نفذت أمورهم وجرت أحكامهم فقضاة أهل

---

١ - قال الصدر الشهيد في شرح أدب القاضي في الباب الخامس والعشرين في الخوارج يولّون قاضياً:
ولو أنّ قوماً من الخوارج أو أهل التأويل غلبوا على مدينة أومصر من أمصار المسلمين حتى نفذت أمورهم ، وجازت أحكامهم في البلدة، ثمّ ولّوا قاضياً ، فهذا على وجهين:
إمّا أن يُولّوا قاضياً من الخوارج ، أو من أهل العدل.
ففي الوجه الأوّل لا ينفذ شيء من قضاياه ، حتى لو رفع ذلك إلى قاض آخر من أهل العدل أبطله لأنّ ما يفعله قاضي الخوارج وأهل التأويل لا يفعله على وجه الحكم ، وإنّما يفعله على وجه الاستحلال ، فإنّهم يستحلّون دماءنا وأموالنا، فلم يكن ذلك على وجه الحكم ، فلا ينفذ وإن كان موافقاً للشريعة وكذلك لو كتب هذا القاضي إلى قاضي أهل السنة والجماعة في حقّ لرجل على رجل ، فإنه لايقضي به ، لأنه لو قضى بنفسه لا ينفذ ، فأولى أن لا يقضي بكتابه.
وفي الوجه الثاني ينفذ قضاؤه حتّى لو ظهر أهل العدل فرفع إلى قاضي أهل العدل ينفّذه.
لأنّ مايفعله يفعله على وجه الحكم ، إلا أنّه إنّما يتقوى على تنفيذ الحكم بالخوارج ، وحكم القاضي ينفذ سواء كان تنفيذه بقوّة أهل العدل أو بقوّة أهل الظلم. (شرح أدب القاضي ٣/١٥٥-١٥٦).

العدل قضاة على حالهم ما لم يعزلهم الباغي ، وإذا عزلهم الباغي خرجوا عن القضاء ، حتّى لو انهزم الباغي بعد ذلك لا ينفذ قضاؤهم ما لم يقلّدهم سلطان العدل ثانياً ، لأنّ الباغي صار سلطاناً بحكم القهر والغلبة فيجوز عزله.

[قضاة البغاة]

(ب) ثمّ لو ولّوا قاضياً فهذا لا يخلو إمّا أن ولّوا قوماً من الخوارج أو من أهل العدل ففي الوجه الأوّل لا ينفذ شيء من قضاياه ولو رفع إلى قاض من أهل العدل أبطله لأنّ ما يفعله يفعله على وجه الاستحلال فإنّهم يستحلّون دماءنا وأموالنا ، فلا ينفذ قضاؤه وإن كان موافقاً للشريعة ، وكذلك لو كتب هذا القاضي إلى قاضي أهل العدل لا يقضى به ، لأنّه لو قضى بنفسه لا ينفّذه، فالأولى أنّ لا يقضى بكتابه، وفي الوجه الثاني ينفذ قضاؤه حتى لو ظهر عليهم أهل العدل ورفع إلى قاضي أهل العدل نفّذه ، لأنّ ما يفعله ، يفعله على وجه الحكم إلا أنه إنّما يتقوى على تنفيذ الحكم بالخوارج.

(ج) وحكم القاضي ينفذ سواء كان تنفيذه بقوّة أهل العدل أو بقوّة أهل الظلم.

وأشار في كتاب الأقضية إلى أنه ينفذ قضاء أهل البغي ، فإنه قال: هو بمنزلة فسّاق أهل العدل ، وقد ذكرنا أن الفاسق يصلح على أصح الأقاويل.

[قضاء السلطان]

ذكر في شهادات فتاوى الشيخ الإمام الفقيه أبي الليث رحمه الله[1].

(٣٦) (أ) السلطان إذا قضى بين اثنين لا يجوز حكمه عند بعض المشايخ، وهكذا ذكره الشيخ الإمام أبو القاسم رحمه الله[2] وذكر الخصّاف في أدب القاضي أنّه يجوز ، وعلّل وقال: "لأنّ القاضي لمّا استفاد الولاية من السلطان وتقلد القضاء منه فمن المحال أن ينفذ قضاء القاضي ولا ينفذ قضاء السلطان[3]" ، وذكر صاحب الذخيرة "الصحيح ما ذكر الخصّاف وعليه

١- أبو الليث الفقيه: نصر بن محمد بن أحمد بن إبراهيم أبو الليث الفقيه المشهور بإمام الهدى ، أخذ عن أبي جعفر الهندواني عن أبي القاسم الصّفار ، عن نصير بن يحيى عن محمّد بن سماعة عن أبي يوسف ، وله تفسير القرآن والنوازل والعيون والفتاوى وخزانة الفقه وبستان العارفين وشرح الجامع الصغير وتنبيه الغافلين وغير ذلك ، توفّي ليلة الثلاثاء لإحدى عشرة خلت من جمادى الآخرة سنة ٣٩٣ هـ (تاج التراجم/٣١٠ ، الفوائد البهية /٢٢٠).

٢- أبو القاسم: اسمه أحمد بن عصمة أبو القاسم الصفّار الملقب "حَمّ" بفتح الحاء وسكون الميم وروي بالخاء المعجمة الفقيه المحدّث ، تفقّه على أبي جعفر الهندواني وسمع منه الحديث ،وروى عنه أبو علي الحسن بن صديق بن الفتح الوَزْغَنْجِيّ شيخ ثقة ، مات في ليلة الإثنين في شهر شوّال سنة ٣٢٦هـ وهو ابن سبع وثمانين سنة (الطبقات السنية ١/ ٣٩٣، الجواهر المضيئة ١/ ٢٠٠).

٣- قال الصدر الشهيد رحمه الله في شرح أدب القاضي: والثانية: قضاء الوالي ينفذ كما ينفذ قضاء القاضي ، ألا ترى أن شريحاً قال للرجل: اذهب إلى الأمير فخاصم إليه ، وهذا لأنّ القاضي إنما استفاد ولاية القضاء من الأمير ، فإذا استفاد هذه الولاية من الأمير وقد نفذ قضاؤه ، فلأن ينفذ قضاء الأمير كان أولى، انظر شرح أدب القاضي للصدر الشهيد الحسامي الباب التاسع والثلاثون في القاضي يقضي بعلمه ٣/٩٤.

الفتوى ، قال العبد: "في تعليل الخصّاف نظر"، فإن الناطفي رحمه الله[1] قال: "قد يستفيد الإنسان أمراً من جهة غيره ، ثم يكون حاله أقوى من حاله ، كالمؤدّب والمعلّم مع الأب والوصي في ضرب الصبي على ماعرف في كتاب الدّيات ، وذكر في فتاوى أهل سمرقند" إذا كان الأمير الذى يولّي القضاء جائراً لم يجز حكمه ويجوز حكم قضاته من قبله ، وفي المنتقى عن أبي يوسف رحمه الله ، الأمير الذي كان يولّي القضاء من قبله فقضى ذلك الأمير فهو جائز إذا كان عدلاً ، فإذا كان جائراً فلا، وهذه الرواية تؤكّد ما ذكره الخصّاف من نفاذ قضاء الأمير ، وتؤكّد ما ذكر في فتاوى أهل سمرقند من عدم جواز حكم الأمير الجائر.

[الفرق بين القاضي الجائر والأمير الجائر]

(ب) وقيل الفرق بين القاضي الجائر والأمير الجائر والإمام الجائر ثابت ، فإن الإمام والأمير يصير إماماً وأميراً إن كان فاسقاً وإن كان عدلاً ثم فسق لا يخرج عن الإمامة والإمارة وقال بعضهم هما سواء ، ينعزلان بنفس الجور والخيانة لأنهما أمينان في الشرع ، والأمين إذا خان لا يبقى أميناً ، وقال بعضهم ينعزل القاضي دون الأمير.

وقال بعضهم: لاينعزلان بل يُعزلان.

١- الناطفي: هو أحمد بن محمّد بن عمر أبو العباس الناطفي نسبة إلى عمل الناطف وبيعه ، أحد الفقهاء الكبار وأحد أصحاب الواقعات والنوازل، له كتاب "الأجناس والفروق في مجلد ، و"الواقعات" في مجلدات حدّث عن أبي حفص بن شاهين ، توفّي رحمه الله سنة ٤٤٦ بالرّي (الجواهر المضيئة ٢٩٨/١ ، تاج التراجم/ ١٠٢).

(ج) وكان عليّ الرّازي الكبير صاحب أبي يوسف رحمهما الله[1] فرّق بين فسقهما ، وقال حاجة المسلمين إلى بقاء ولاية الخليفة بعد الفسق أكثر ، ولهذا لاينعزل بعد موته ولاته وقضاته ، وينعزل بعد موت القاضي نوّابه وقوّامه.

[جور السلطان والقاضي]

(د) قال الشيخ الإمام فقيه الأمّة نجم الأمة والدين أبو حفص عمر النسفي رحمه الله[2] الأصل عند أهل السنّة والجماعة "أنّ السلطان الجائر

١- علي الرازي الكبير: هو علي الرازي الإمام رُوي عن الصّيمرى أنّه من أقران محمّد بن شجاع وكان عارفاً بمذهب أصحابنا ، وطعن على مسائل من "الجامع" ومن "الأصول" مع وَرَعٍ وزُهْدٍ وسخاء وإفضال وفي الفوائد البهية، دثن في مسائل من الأصول في زهد وورع وسخاء ، وهو خطأ فتأمل ، أخذ الفقه عن الحسن بن زياد وروى عن الإمام محمد وأبي يوسف وله كتاب الصلاة، وعدّه صاحب الهداية من أولى طبقات المجتهدين وهم أصحاب الترجيح (الفوائد /١٤٤ ، الجواهر المضيئة ٢/٦٢٤-٦٢٥).

٢- نجم الدين النسفي رحمه الله: هو عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل بن محمد بن لقمان مفتي الثقلين نجم الدين أبو حفص النسفي وُلد سنة ٤٦١هـ ، كان إماماً فاضلاً أصوليّاً متكلّماً مفسّراً محدّثاً فقيهاً حافظاً نحويّاً أحد الأئمّة المشهورين بالحفظ الوافر والقبول التام عند الخواص والعوام أخذ الفقه عن صدر الإسلام أبي اليسر محمّد البزدوي ، وله تصنيفات جليلة في التفسير والفقه وأجل تصنيفاته التيسير في التفسير ، قال السمعاني ، إنّه فقيه عارف بالمذهب والأدب صنّف التصانيف في الفقه والحديث، وقيل إنّه صنّف قريباً من مائة مصنّف ، وله شيوخ كثيرة قد جمع أسماء مشايخه في كتاب سمّاه شيوخ عمر، وتفقّه عليه ابنه أبو اللّيث المعروف بالمجد النسفي وقرأ عليه=

سلطان إلا فيما جار - فإن ذلك الفعل خارج عن ولايته وهذا تأويل قول أبي حنيفة رحمه الله أنّ السلطان إذا جار ينعزل فيما بينه وبين الله في نيل الثواب ، أمّا فيما بينه وبين الناس فهو سلطان وله ولاية إلا فيما جار فإنّه لا ينفذ حكمه في ذلك.

(هـ) وأشهر الروايات عن أبي حنيفة رحمه الله أن القاضي إذا جار انعزل يعني في الحكم الذي جار لأنه ينعزل أصلاً.

[حكم تولية القاضي من غير الخليفة]

(٣٧) قال هشام سمعت أبا يوسف رحمه الله يقول إذا كان القاضي من الأصل يعني من الخليفة ثمّ ما ت فليس للأمير[١] أن يوليّ قاضياً -وإن حكم هو بنفسه لم يجز حكمه- وكذا إن ولىّ الأمير قاضياً لم يجز حكمه.

[حكم قضايا الأمير المتغلب وتصرفاته]

(٣٨) وذكر في فتاوى ما وراء النهر عن الشيخ الإمام أحمد العياض رحمه الله تعالى[٢].

=بعض تصانيفه صاحب الهداية وأبوبكر أحمد البلخى المعروف بالظهير توفّي رحمه الله بسمرقند سنة ٥٣٧ هـ (الفوائد البهية /١٤٩-١٥٠).

١- لعل المراد به أمير الناحية.

٢- هو أحمد بن العبّاس بن الحسين بن عياض أبو نصر العياضي من نسل سعد بن عبادة الانصاري الخزرجي الفقيه السمرقندي ، أخذ الفقه مع الإمام أبي منصور الماتريدي عن أبي بكر أحمد بن اسحاق الجوزجاني عن أبي سليمان موسى الجوزجاني عن محمّد ،=

قال إذا تغلّب أمير على أهل بلدة واستولى عليها لا يجوز الأنكحة بتزويجه ولا قضاياه ، ولكن لو صلّى الجمعة بهم يجوز ، كما أنّ العبد إذا قلّد عمل ناحية فصلّى بهم الجمعة جاز، ولا يجوز الأنكحة ولا قضاياه.

وسئل الشيخ الإمام أبو نصر رحمه الله[1] عن صلاة الجمعة خلف المتغلّب الذي لا عهد له من الخليفة ، قال إن كانت سيرته فيما بين رعيّته سيرة الأمراء، ويحكم بينهم بحكم الولاية ، رجوت أن يجوز منه إقامة الجمعة[2].

=وأخذ عنه ولداه أبو أحمد نصر بن أحمد العياضي وأبو بكر محمّد العياضي وجماعة كثيرة ومات شهيداً ، وحكايته أنّ حد الإسلام يومئذٍ كانت اسبيجاب فذهب أبو نصر مع ابنه أبي أحمد وهو غلام مراهق إلى الغزو فأسره الكفار وقتلوه ، ذكره الإدريس في"تاريخ سمرقند" وقال: كان من أهل العلم والجهاد ، وكان له ولدان إمامان في الفقه، من أصحاب أبي حنيفة و لم يكن أحد يضاهيه ويقابله في البلاد ، لعلمه وورعه و كتابته وجلادته وشهامته إلى أن استشهد نوّر الله ضريحه ، انظر: الفوائد البهيّة /٢٣ والجواهر المضيئة ١/١٧٧-١٧٨).

١- أبو نصر: قد ذكر حافظ قاسم بن قطلوبغا في تاج التراجم عدة من العلماء الكبار بكنية أبي نصر، منهم الإمام المعروف أبو الليث السمرقندي وأبونصر أحمد بن العباس العياضي وهما من سمرقند ، فالمراد هنا إمّا الإمام أبونصر أحمد بن العباس العياضي الذي قد ذكر قبل هذا أو إمام الهدى الفقيه أبو الليث السمرقندي ، أو غير ذلك من العلماء.

٢- انظر: جامع الفصولين ١/١٧.

[إقامة القضاة والأمراء الجمعة]

(٣٩) وفي كتاب الأجناس[١]، روى ابن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله، ليس للقاضي أن يصلّي الجمعة بالناس إذا لم يؤمر به ، ويجوز لصاحب الشرط وإن لم يؤمر به ، وهذا في عرفهم ، وذكر في صلاة الأصل يجوز للقاضي أن يصلّي الجمعة بالناس إذا لم يؤمر به ، لأنه فوّض إليه أمر العامّة.

وذكر قاضي القضاة في فتاواه ، والي المصر إذا مات ، فجاء يوم الجمعة ، إن صلّى بهم خليفة الميت أو صاحب الشرط أو القاضي جاز.

(٤٠) (أ) ولو اجتمع العامّة على تقديم رجل لم يأمره القاضي ولاخليفة الميّت لم يجز.

(ب) فإن لم يكن ثمة قاضٍ ولا خليفة الميت فاجتمع العامّة على تقديم رجل جاز لمكان الضرورة ، ولو اجتمعوا على نصب القاضي لايجوز بالإجماع[٢] .

١- أجناس في الفروع: للشيخ الإمام أبي العبّاس أحمد بن محمّد الناطفي الحنفي المتوفي سنة ٤٦٦ جمعها لا على الترتيب ، والناطف نوع من الحلواء ، ثمّ إنّ الشيخ أبا الحسن علي بن محمّد الجرجاني الحنفي رتبها على ترتيب الكافي ، وجمع صاعد بن منصور الكرماني الحنفي كتاباً في الأجناس أيضاً حدّث ببعضه عنه الشحردي في بغداد فسمعه محمّد بن خسرو البلخي ، وجمع الإمام حسام الدين عمر بن عبد العزيز الشهيد سنة ٥٣٦ أجناساً يقال لها الواقعات ، وللشيخ أبي حفص عمر بن محمّد النسفي المتوفي ٥٣٧ هـ كتاب في أجناس الفقه.

٢- لأنّ تفويض القضاء حقّ الخليفة و لم يفقد الناس الإمام العام أي الخليفة فلا يجوز للعامّة أن يولّوا القضاء مع وجود الإمام ، أمّا إذا فقدوا الإمام العام فعليهم أن يتّفقوا على=

(٤١) ولو مات الخليفة وله أمراء وولاة جاز لهم إقامة الجمعة.

(٤٢) وذكر في الحاوي ، لو أنّ إماماً افتتح صلاة الجمعة ثمّ قدم والٍ آخر يمضي على صلاته وإن عزله لا ينعزل في هذه الصلاة ، ولو عزله قبل الافتتاح ينعزل.

(٤٣) وفي كتاب الأجناس وكتاب الصلاة لابن مقاتل رحمه الله[1]، لو أذن الأمير رجلاً أن يخطب للجمعة فهو إذن بإقامة الجمعة وإن أذن له بإقامة الجمعة كان إذناً له بالخطبة ، ولو قال: اخطب ولا تصلّ بهم أجزأه أن يصلّي بهم ، ولو قدم والٍ بعد ما خطب الأوّل فتقدّم وصلّى بهم الجمعة لم يجز ولو لم يعزل الثاني الأوّل فصلّى خلفه أجزأهم.

وفي نوادر الصلاة لمحمّد رحمه الله ، لو خطب رجل خطبة الجمعة بغير أمر الإمام وهو حاضر لم يجز.

=واحد منهم لأن يولّي قاضياً فيهم ، وأمّا القول بأنّ تفويض القضاء لا يصح من العامّة فهذا حيث لا ضرورة كما صرّح به الشامي في حاشيته ، وانظر ما صرّح به ابن الهمام من أنّ المسلمين إذا تغلّب عليهم الكفّار كقرطبة وبلنسية الآن فيجب على المسلمين أن يتّفقوا على واحد منهم يوليّ قاضياً أو يكون هو الذى يقضي بينهم ، كما في رد المحتار ٣٠٨/٤.

١- ابن مقاتل: هو محمّد بن مقاتل قاضي الري ، من أصحاب محمد بن الحسن من طبقة سليمان بن شعيب وعلي بن معبد ، وروى عن أبي مطيع ، قال الذهبي: وحدّث عن وكيع وطبقته (الجواهر المضيئة ٣٧٢/٣، الفوائد البهية / ٢٠١.

وفي الجامع الأصغر لو قدم والٍ بعد ما خطب الأول فقدّم رجلاً شهد الجمعة ليصلّي بالناس لم يجز ما لم يعد الخطبة ، فإن شهد الثاني الخطبة ثمّ أمر من يصلّي بهم جازت جمعتهم.

[قبول القضاء بعد ردّه]

(٤٤) السلطان إذا قلّد رجلاً القضاء وردّ القاضي ذلك ، ذكر صاحب الذخيرة عن بعض المشائخ رحمهم الله ، أنّه ينظر إن قلّده مواجهة ليس له أن يقبل بعد ذلك ، ولو قلّده بطريق المغايبة فردّه ثمّ قبل فله ذلك ، وهذا القائل يستدلّ بما ذكر في كتاب النكاح: أن امرأة لو كتبت إلى رجل أنّي قد زوّجت نفسي منك بكذا فوصل الكتاب إلى الرجل وقرأ و لم يقبل في ذلك المجلس كان له أن يقبل بعد ذلك في مجلس آخر ولو كانت خاطبته مواجهة و لم يقبل في ذلك المجلس ليس له أن يقبل بعد ذلك في مجلس آخر.

(٤٥) وإن كان التقليد بالرسالة فردّه كان له أن يقبل بعد ذلك ما لم يعلم السلطان بردّه ، كما في الوكيل والموصى إليه بطريق الرسالة إذا ردّا كان لهما أن يقبلا بعد ذلك ما لم يعلم الموكّل والموصي بردّهما.

[تولية السلطان الصغير القضاة]

(٤٦) وذكر في فتاوى النسفي[1] سئل عن سلطان مات واتفقت الرعيّة على ابن صغير له وجعلوه سلطاناً ، ما حال القضاة والخطباء وتقليده إيّاهم مع عدم ولايته؟ قال ينبغي "أن يكون الاتفاق على والٍ عظيم[2] ويصير سلطاناً لهم ويكون التقليد منه ، وهو يعد نفسه تبعاً لابن السلطان فيكون السلطان في الحقيقة هو الوالي.

[حدود ولاية القاضي]

(٤٧) السلطان إذا قلّد رجلاً قضاء بلدة لا يدخل فيه القرى ونواحيها ما لم يكتب في رسمه ومنشوره البلدة والسواد.

قال صاحب الذخيرة إنّما يستقيم هذا على رواية النوادر لأنّ المصر ليس بشرط لنفاذ القضاء فيصير مقلّداً على القرى بالتقليد ، أمّا على ظاهر الرواية ، المصر شرط لنفاذ القضاء فلا يصير مقلّداً على القرى ، وعن أبي يوسف رحمه

١- فتاوى النسفي: الفتاوى النسفية لنجم الدين عمر بن محمد النسفي الشهير بعلامة سمرقند صاحب المنظومة المتوفي سنة ٥٣٧ ، وهي فتاواه التي أجاب بها عن جميع ما سئل عنه في أيامه دون ماجمعه لغيره.

٢- لعلّ المراد بالوالي العظيم رجل بالغ ينوب عن هذا الابن الصغير وجميع التصرفات يكون بيده ويكون هذا الابن الصغير تحت إشراف هذا الوالي العظيم.

الله أنّه ليس بشرط وبه قال شمس الأئمّة السرخسي رحمه الله وكثير من مشائخنا أخذوا برواية النوادر.

(٤٨) وقضاة أمير المؤمنين لو خرجوا معه فلهم أن يقضوا لأنّهم قضاته فأينما خرج فلهم أن يقضوا ، بخلاف ما لو خرج القاضي وحده لم يجز قضاؤه، وعلى هذا قضاة العسكر مع العسكري فيه يجوز وبغيره لا.

(٤٩) وسئل الشيخ الإمام فقيه الأمّة نجم الدين عمر النسفي رحمه الله عن رجلين من غير أهل العسكر اختصما عند قاضي المعسكر هل يصح قضاؤه بينهما قال: لا إلا إذا نصّ على ذلك عند التقليد.

(٥٠) ولو اختصم اثنان من أهل العسكر إلى قاضي سمرقند أوقاضي القضاة قال: يصحّ قضاؤه بينهما لأنّ ولاية هذا عامّة لعموم التقليد ، وليس لقاضي العسكر ولاية القضاء في المحدودات[1] لأنّه فوّض إليه قضاء العسكري، وذلك يقع في المنقولات دون العقارات.

١- لعلّ المراد من المحدودات الأراضي والعقارات وغير ذلك من الأملاك التي لا تصلح للانتقال لأنّ العرف أنّ قاضي المعسكر يفوّض إليه القضاء فيما تقع فيما بين أهل العسكر من خصومات يوماً فيوماً التي تتعلّق بالحقوق فليس لقاضي العسكر أن يقضي فيما له قرار ، فالحاصل أنّ قاضي العسكر يقضي في خصومات وقتية.

[الإشتراك والتخصيص في القضاء]

(٥١) السلطان إذا فوّض قضاء ناحية إلى اثنين على أن لايستقلّ أحدهما بدون الآخر فقضى أحدهما لا يجوز كالوكيلين بالبيع، لأنّه إنّما رضي برأيهما لا برأي أحدهما ، هكذا ذكره شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله في آخر صلح المبسوط ، وذكر الإمام الغزالي رحمه الله: إنّ مثل هذا التقليد لا يصحّ عند الشافعي رحمه الله.

(٥٢) ولو خصّص كلّ قاض بطرف من أطراف بلد جاز وإن أثبت لكلّ واحد الاستقلال في جميع البلد فله وجهان [١] ، أحدهما لا لتنازع الخصمين في اختيار أحدهما وإجابة داعيهما ، والثاني ، أنّه يجوز ، ويحكم بالقرعة في التقدم عند النزاع[٢].

(٥٣) السلطان إذا قلّد رجلاً قضاء بلدة واستثنى نوعاً من أنواع الخصومة أو مكاناً أو زماناً صحّ التقليد وصحّ الاستثناء ، ولايصير قاضياً في

---

١ – قال الماوردي: وإذا قلد الإمام قاضيين في بلد ينظر كل واحد منهما بين جميع أهله وفي جوازه لأصحابنا وجهان ، أحدهما لا يجوز لما يقضي إليه أمرها من التجاذب في تنازعالخصوم إليهما وتبطل ولايتهما إن جمع بينهما في التقليد وتصح ولاية الأول إن قلد أحدهما بعد الآخر ، والثاني وهو قول الأكثرين أنه يجوز لأنها استنابة كالوكالة التي يجوز أن يجتمع فيها وكيلان على احتماع وانفراد ، (أدب القاضي للماوردي ١/١٥٧-١٥٨) .

٢– وفي نسخة ج: هو الصحيح.

المستثنى ، هكذا ذكره شمس الأئمّة السرخسي رحمه الله في شرح كتاب الصلح في باب الحكمين[1] ، وعلى هذا لو قُيِّدَ القاضي إنابة نائبه بمكان معيّن لا يجوز له أن يقضي في موضع آخر.

[الشرط والإضافة في تقليد القضاء]

(٥٤) وذكر في الإبانة[2] تقليد القضاء والإمارة بالشرط أو مضافاً إلى وقت في المستقبل يجوز نحو أن يقول السلطان لرجل إذا قدمت بلدة كذا فأنت قاضيها ، أو جعلتك قاضياً رأس الشهر ، أو أميراً رأس الشهر.

وتعليق الحكومة بين اثنين بالشرط مختلف بين أبي يوسف ومحمّد رحمه الله، وسيأتى الكلام فيه في باب التحكيم إن شاء الله تعالى.

١- لم أجد في المبسوط لشمس الأئمّة السرخسي رحمه الله في كتاب الصلح باب الحكمين، انظر: ٦٢/٢١-٦٣.

٢- عدة كتب تذكر باسم "الإبانة" ، فبعضها في الفقه الشافعي وبعضها في الفقه الحنفي، وقد ذكر حاجي خليفة في كشف الظنون "الإبانة في معرفة الأمانة" للشيخ محمّد بن محمّد الفارسكوري الحنفي الإمام بالجامع الغوري من القاهرة ، وقال المصنف إنّ الكتاب في تحقيق آية الأمانة ﴿إنّ الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾ وذكر "الإبانة في ردّ من شنع على أبي حنيفة" للقاضي الإمام أبي جعفر أحمد بن عبد الله السرماري البلخي الحنفي ، وأيضاً ذكر الإبانة في فقه أبي حنيفة وذكر أنّها غير الأولى وذكر أنّ في التاتارخانية نقولاً منها ، ولعلّ المراد " الإبانة في معرفة الأمانة" أوالإبانة في فقه أبي حنيفة التي منها نقول في التاتارخانية.

(٥٥) عزل القاضي بالشرط جائز وإليه أشار في أدب القاضي في باب موت الخليفة ، والمذكور ثمة[1] إذا كتب الخليفة إلى القاضي: إذا وصل كتابي إليك فأنت معزول فوصل إليه الكتاب انعزل لأنّ هذا عزل معلّق بالشرط وقد وُجد.

[عزل القاضي]

(٥٦) السلطان إذا قلّد رجلاً قضاء بلدة فيها قاض و لم يعزل الأوّل صريحاً ذكر صاحب الذخيرة إن قيل: ينعزل الأوّل فله وجه لأنّ تقليد القاضيين في مصر واحد غير معتاد فيتضمّن تقليد الثاني عزل الأوّل ، وإن قيل: لا ينعزل فله وجه لأنّ ولايته عامّة فيملك التقليد والعزل على أيّ وجه أراد.

(٥٧) السلطان إذا عزل قاضياً لا ينعزل ما لم يصل إليه الخبر ، وعند الشافعي رحمه الله ينعزل.

١- لم أجد في شرح أدب القاضي للصدر الشهيد المطبوع هذه العبارة في "باب موت الخليفة" والله أعلم بحقيقة الحال ، ولكن وجدت فيه إشارة إلى أنّ عزل القاضي جائز بالشرط فقد قال: "هذه سيء يبتنى على المنشور فإن كان في منشور القاضي الثاني فإذا أتاك كتابي فقد عزلتك لا ينعزل الأوّل ما لم يقدم الثاني ويصل إليه الكتاب لأن العزل معلّق بشرط فما لم يوجد الشرط لا يثبت العزل (شرح أدب القاضي ١٥٣/٣، باب موت الخليفة).

(٥٨) السلطان إذا عزل قاضياً أو القاضي عزل نفسه و لم يكن ثمّة من يصلح للقضاء[1] لا ينعزل ، وإن كان أصلح منه ينعزل ، وإن كان مثله ففيه وجهان ، وعن أبي يوسف رحمه الله أنّه لا ينعزل وإن علم بعزله حتّى قلّد غيره وقد مرّ - هذا إذا حصل العزل مطلقاً ، أمّا إذا حصل معلّقاً بوصول الكتاب إليه لا ينعزل ما لم يصل إليه الكتاب، علم بالعزل قبل وصول الكتاب إليه أو لم يعلم ، ورواية أبي يوسف تنافي هذا.

(٥٩) السلطان إذا عزل القاضي ، انعزل نائبه ، ولو مات لاينعزل نائبه ، هكذا رواه هشام وداود بن رشيد[2] عن محمّد رحمهم الله ، وذكر الناطفي في هدايته: إذا مات القاضي أو عزل انعزل خلفاؤه ، وذكر صاحب الذخيرة أنّه ينبغي أن لا ينعزل النائب بعزل القاضي لأنّه نائب السلطان أو نائب العامّة ، وعند الشافعي رحمه الله إذا لم يكن القاضي ماذوناً في الاستخلاف ينعزل خليفته بعزله أو بموته أو بعزل نفسه ، وإن كان ماذوناً فيه ينظر ، إن قال الإمام استخلف عنّي لا ينعزل ، وإن قال استخلف عنك ينعزل ، وإن أطلق

١- وفي نسخة "أ" للفقهاء ، وهو خطأ ، والصحيح " للقضاء" كما في نسخ أخرى.

٢- داود بن رشيد: هو داود بن رشيد أبو الفضل من أصحاب حفص بن غياث ومحمّد بن الحسن أصله خوارزمي ، سكن بغداد وروى عنه مسلم وأبوداود وابن ماجه وروى له البخاري والنسائي مات سنة٢٣٩هـ رحمه الله (الجواهر المضيئة ١٨٦/٢ ، الطبقات السنّية ٢٢٢/٣).

فعلى وجهين ، أصحّهما أنّه ينعزل ، ولو عزل القاضي خليفته فعلى هذا التفصيل ، بخلاف القوّام حيث لا ينعزلون بموت القاضي.

[تولية القاضي غيره]

(٦٠) وذكر قاضي القضاة في الجامع الصغير لا يجوز للقاضي أن يأمر إنساناً بأن يقضي بين اثنين إلاّ أن يكون الخليفة ولّى القاضي بأن يولّي القضاء لأن القاضي يتصرّف بحكم التفويض والأمر ، فيملك بقدر مافوّض إليه ، والإمام فوّض إليه القضاء دون التقليد كالوكيل لايملك التوكيل إلاّ بإذن الموكّل ، بخلاف المأمور بإقامة الجمعة ، فإنه يملك الاستخلاف لأنّ الجمعة مؤقتة تفوت بمضيّ الوقت فكان الإذن له بإقامة الجمعة إذناً له بالاستخلاف دلالة ، بخلاف القضاء لأنّه يحتمل التأخير.

(٦١) فإن ولاّه الخليفة وقال له ولّ من شئت كان له أن يولّي غيره ، ويكون الثاني قاضياً من جهة الخليفة لا من جهة القاضي حتّى لايملك القاضي الأوّل عزله إلاّ أن يقول له الخليفة: ولّ من شئت ، واستبدل من شئت ، فحينئذ يملك عزل الثاني كالوكيل لا يملك التوكيل إلاّ إذا قال له الموكّل "اعمل فيه برأيك" أو قال "وكّل بذلك من شئت" أو "من أحببت" ، فإن مات الموكّل الأوّل ينعزل الوكيلان، ولو مات الوكيل الأوّل أو عزل لا ينعزل الثاني ، ولو عزله الوكيل الأوّل لا ينعزل الثاني.

وذكر ابن سماعة في نوادره عن محمّد ، رجل وكّل رجلاً ببيع عبده، وجعل له أن يوكّل بذلك فوكّل الوكيل رجلاً ثمّ إن الوكيل الأوّل اشترى العبد من الوكيل الثاني جاز ، لأنّ الثاني صار وكيلاً لمولى العبد ، وذكر في المنتقى عن محمّد رحمه الله لو مات الموكّل الأوّل لا ينعزل الثاني وكذا لو مات الوكيل الأوّل ، ولو عزله الوكيل الأوّل ينعزل الثاني.

ولو وكّل إنساناً بشراء شيء وقال له وكّل فلاناً بذلك فوكّله لم يكن للوكيل الأوّل أن يعزل الثاني.

(٦٢) فرق بين الوكيل وبين المضارب والمفاوض ، إذا وكّل إنساناً بشراء شيء بمال المضاربة يصحّ ، فإن مات المضارب ينعزل وكيله ، وفي الوكالة إذا مات الوكيل الأوّل لا ينعزل وكيله ، ووجه الفرق أنّ الشريك المفاوض والمضارب بمنزلة ربّ المال من وجه حتى لا يملك ربّ المال نهيه عن التصرّف بعد ما صار المال عروضاً ، أمّا الوكيل الأوّل فنائب من كلّ وجه ، فلا ينعزل الوكيل الثاني بموته.

(٦٣) وذكر صاحب الذخيرة: السلطان إذا قلّد رجلاً القضاء فليس له أن يستخلف إلاّ إذا أذن له بذلك صريحاً أو دلالة ، بأن يقول جعلتك قاضي القضاة ، لأنّ قاضي القضاة هو الذى يتصرّف في القضاة تقليداً وعزلاً ، وإن

لم يكن القاضي مأذوناً بالاستخلاف ، ولم يكن قاضي القضاة وقلّد غيره[1] فإن قضى بحضرة الأوّل أو قضى عند غيبته فرفع ذلك إلى القاضي فأجازه فهو جائز ، لأنّ إجازته قضاء الثاني بمنزلة الإنشاء ، كالوكيل إذا لم يكن مأذوناً بالتوكيل فوكّل غيره فباع الثاني بحضرة الأوّل أو عند غيبته فأجاز الأوّل جاز.

وذكر في الذخيرة ينظر إن كان "هذا الذي حكم" بحال لو كان قاضياً بين المسلمين يجوز قضاؤه فيما بينهم ، يجوز إجازة القاضي أحكامه وإن كان بحال لا يجوز قضاؤه لو كان قاضياً لا يجوز إجازة القاضي أحكامه ، وإن كان ممّن يختلف فيه الفقهاء جاز إمضاؤه لأنّ القاضي إذا لم يؤذن في الاستخلاف لم يكن لاستخلافه عبرة ، وصار كأنّ هذا الرجل قضى بين اثنين من غير أمر القاضي.

ولو قضى من غير أمره وهو من أهل القضاء يتوقّف قضاؤه على إمضاء القاضي ، وإن لم يكن من أهل القضاء لا يتوقّف.

(٦٤) ثمّ ذكر نوع إشكال ، وقال إن محمّداً رحمه الله جوّز حكم الخليفة بإجازة القاضي في الانتهاء وما جوّز حكمه بأمره في الابتداء ، ثمّ قال يجوز أن يعمل الإجازة في الانتهاء ولا يعمل الإذن في الابتداء ، ألا ترى أنّ محمّداً رحمه الله ذكر في الجامع الصغير الوكيل بالبيع إذا وكّل غيره فباع لا يجوز بيعه ، ولو باع هذا الرجل من غير توكيل وأجاز الوكيل بيعه يجوز ،

١- في نسخة الأصل تقلّد غيره ، وفي نسخة "ب" قلّده غيره ، وفي نسخة "ج" فقلّده غيره والصحيح الملائم للمقام "وقلّد غيره" كما اخترنا في المتن.

والمعنى فيه أنّ الموكّل رضي بتصرّف حضره رأي الوكيل وقت نفوذ التصرّف، والبيع الذي أجازه الوكيل تصرّف حضره رأي الوكيل وقت نفوذه ، أمّا البيع الذي أذن له الوكيل بمباشرته بيع لم يحضره رأيه وقت نفوذه ، وههنا السلطان رضي بقضاء حضره رأي القاضي وقت نفوذه ، فالحكم الذي أجازه القاضي قضاء ، أمّا الحكم الذي أذن له القاضي في الابتداء قضاء لم يحضر رأيه وقت نفوذه، فلهذا عمل إجازة القاضي في الانتهاء ولم تعمل في الابتداء.

(٦٥) ولو قال الخليفة[1] أو السلطان لولي بلدة: قلّد أحداً قضاء هذه البلدة لا يصحّ ، ولو قال: قلّد من شئت قضاء هذه البلدة يصحّ ، كما إذا قال الموكِل للوكيل: وكّل من شئت صحّ ، ولو قال: وكّل أحداً لا يصحّ ، وذكر في وكالة الذخيرة في قوله "وكّل من شئت" بخلاف ما ذكر ههنا ، وسنذكرها مع أجناسها وأنواعها في أبواب الوكالة إن شاء الله.

١- المراد بالخليفة هو الإمام العامّ الذي له حقّ تفويض القضاء ، والقاضي يكون خليفته ونائبه فيما يقضي.

الفصل الخامس

في بيان ما يكون حكماً من القاضي وما لا يكون وما يطل به الحكم بعد وقوعه من جهة القاضي أو من جهة غيره

[الألفاظ المفيدة للحكم]

(٦٦) إذا قال القاضي: ثبت عندي أنّ لهذا على هذا كذا ، حكي عن القاضي الإمام أبي العاصم رحمه الله[1] أنّه يكون حكماً ، وهو اختيار شمس الأئمّة الحلواني والصدر الكبير الشهيد رحمهما الله[2] وكان القاضي الإمام شمس الإسلام محمود الأوزجندي[3] يقول: لابدّ أن يقول القاضي قضيت بكذا أو يقول حكمت أو أنفذت عليك القضاء ، وهكذا ذكر الناطفي رحمه الله في

١- أبو عاصم العامري: هو محمّد بن أحمد أبو عاصم العامري ، كان قاضياً ، إماماً بدمشق، من تصانيفه: المبسوط ، نحواً من ثلاثين مجلّداً ، مقره بالنورية بدمشق ، الجواهر المضيئة ٤/٥٨ ، الفوائد البهية/١٠٧.

٢- عمر بن عبد العزير بن عمر بن مازة برهان الأئمّة أبو محمّد المعروف بحسام الدين الصدر الشهيد ، وأيضاً بالصدر الكبير تفقّه على أبيه وصنّف الفتاوى الصغرى والكبرى والجامع الصغير المطوّل ، وهو أستاذ صاحب المحيط ، ولد في صفر سنة ٤٨٣ هـ الموافق سنة١٠٩٠م واستشهد في سنة ٥٣٦ هـ وعنه أخذ صاحب الهداية.

٣- شمس الإسلام الأوزجندي: هو شمس الأئمّة الأوزجندي جد قاضيخان تفقّه على السرخسي (الفوائد البهية /٢٠٩).

واقعاته[1] ، والمذكور ثمّة: إذا ادّعى الرجل داراً في يدي رجل فقال القاضي للمدّعى عليه لاأرى لك حقّاً في هذه الدار ، فهذا لا يكون حكماً ، وهكذا كان يفتي الشيخ الإمام الأجل أستاذ الأئمّة ظهير الدين المرغيناني رحمه الله، وكان يقول إذا ظهرت عدالة الشهود في دعوى محدود فقال القاضي للمدّعى عليه "اين محدود را باين مدّعى ده[2] "فهذا لا يكون حكماً من القاضي وينبغي أن يقول "حكم كردم باين محدود مر اين مدّعى را[3]".

ذكر صاحب الذخيرة: الصّحيح: إنّ قوله حكمت أو قضيت ليس بشرط ، وإن قوله ثبت عندي ، ظهر عندي ، صحّ عندي أو قال علمت يكفي ، وهذا كلّه حكم[4].

[ما يبطل رجوع القاضي عن قضائه ومالا يبطله]

(٦٧) وإذا قال القاضي بعد ما قضى في حادثة رجعت عن قضاي أو قال بدالي أوَ قال وقع عليّ تلبيس من الشهود وأراد أن يبطل حكمه لا يصحّ ،

١- انظر: لسان الحكّام مع معين الحكّام /٢٢١.

٢- هذه كلمة فارسية ترجمتها باللغة العربية أعط هذا المحدود لهذا المدّعي.

٣- يعني حكمت بأنّ هذا المحدود لهذا المدّعى.

٤- وكذا ذكر ابن الشحنة الحنفي في لسان الحكّام ، وقال: "وأن قوله ثبت عندي كذا يكفي وكذا إذا قال ظهر عندي أو صحّ عندي أو علمت فهذا كلّه حكم ، وكذا قوله أشهد عليه يكون حكماً منه (جامع الفصولين /١١٩ ، الفتاوى الهندية ٣٣٢/٣، الباب العاشر في بيان ما يكون حكماً وما لا يكون).

والقضاء ماض إذا كانت الدعوى صحيحة ، والشهادة مستقيمة وعدالة الشهود ظاهرة.

[تكذيب المقضي له نفسه]

(٦٨) مذكور في فتاوى النسفي: عبد ادّعى حرية نفسه ، وقضى القاضي بها ببيّنة أقامها العبد ثمّ قال العبد: "كذبت ، أنا عبد هذا الرجل "هل يبطل القضاء بالحريّة ، لا رواية لهذه المسألة في شيء من الكتب ، ومشائخنا رحمهم الله قالوا: ينبغي أن لا يبطل القضاء بخلاف ما لو ادّعى رجل على رجل مالاً وقضى القاضي للمدّعي بالبيّنة ثمّ قال المدّعي كنتُ كاذباً فيما ادّعيتُ ، فإن هناك يبطل القضاء وإذا قال المدّعي بعد القضاء "المقضى به ليس ملكي" لا يبطل القضاء بخلاف ما[1] إذا قال المقضى له "المقضى به لم يكن ملكي" أو قال: "ما قضي به لي فهو حرام لي "وأمر إنساناً ليشتري له ذلك من المقضي عليه وكذا إذا لم يقل هوحرام لكن أمر إنساناً ليشتري له ذلك من المقضى عليه ، فهذا يبطل الحكم به له.

[تكذيب المشهود له الشهود وتفسيقه إياهم]

(٦٩) تكذيب المشهود له الشهود وتفسيقه إيّاهم قبل القضاء يمنع القضاء ، وبعد القضاء يبطل القضاء على ما عليه إشارات الأصل والجامع.

١- بخلاف ما إذا قال لم يكن ملكي لأنّ قوله "ليس ملكي" يتناول الحال وليس من ضرورة نفي الملك للحال انتفاؤه من الأصل بخلاف قوله "لم يكن ملكي".

وكان القاضي الإمام سيف السنّة أبو علي النسفي رحمه الله[1] يقول: بعد القضاء لا يبطل القضاء، لأنّ الصدق من الفاسق محتمل، ولهذا قال علماؤنا بقبول شهادته والكذب محتمل أيضاً، وإذا احتملا لايجوز إبطال القضاء بالشك، ولهذا قلنا إن التفسيق قبل القضاء يمنع القضاء، لأنّه كما لا يجوز إبطال القضاء بالشك لا يجوز القضاء بالشك.

ذكر صاحب الذخيرة: ظنّ بعض مشائخنا رحمهم الله أن ما قاله القاضي الإمام سيف السنّة يخالف إشارات الجامع والأصل، وليس الأمر كما ظنّوا، لأنّ المراد ممّا ذكر في الجامع تفسيق ينشأ من تكذيب المشهود له، وأنّه يوجب بطلان القضاء، كما يمنع جواز القضاء، والمراد ممّا قاله سيف السنّة نفس التفسيق، بأن قال "هم زناة"، "هم شاربو خمر"، لا تفسيق ينشأ عن التكذيب، ونفس التفسيق يمنع القضاء ولا يبطل.

١- سيف السنّة أبو علي النسفي: هو القاضي الحسين بن خضر أبو علي النسفي تفقّه على أبي بكر محمّد بن الفضل وأخذ عنه وعن عبد الله الأستاذ السبذموني، وله الفوائد والفتاوى وكان إمام عصره مات سنة ٤٢٤ هـ وروى عنه جماعة كثيرة وظهر له أصحاب وتلامذة وأخذوا عنه العلم (الفوائد البهية /٦٦).

(قال الجامع) أبو علي الحسين بن خضر بن محمّد بن يوسف الفقيه الفشيديرجي كان من فشيديرج من ساكني بخارى استقضي بعد موت أبي جعفره الاستروشي. (الجواهر المضيئة ١٠٩/٢).

[تكذيب المدّعي شهوده معنى لا لفظاً]

(٧٠) وذكر في كتاب الشركة[1] مسألة تدلّ على أنّ تكذيب المدّعي شهوده معنى لا لفظاً لا يمنع قبول الشهادة، وصورتها: رجل ادعى على رجل أنّه شاركه شركة مفاوضة والمدعى عليه ينكر فأقام المدعي بيّنة أنّه مفاوضة، له الثلثان وللمدعى عليه الثلث، فالقاضي يقبل الشهادة استحساناً ، وإن كان المدّعي أكذب الشهود فيما شهدوا به من الثلث والثلثين حين أقرّ المفاوضة لما أنّه مناقضة، ومع هذا قبلت لأنّه أكذب معنى.

(٧١) قال محمّد رحمه الله في الجامع الأصغر[2] إذا قضى القاضي بدار للمدّعي ببيّنة أقامها فأقرّ المقضي له أنّ الدار دار فلان لا حقّ له فيها وصدّقه المقرّ له في ذلك فقال المقضي عليه للمقضى له ، قد أكذبت شاهديك حين أقررت أنّها لفلان لاحقّ لك فيها وأقررت بخطأ القاضي في قضائه فردّ الدار عليّ أو قيمتها فالقضاء ماض.

ولو لم يقل على هذا الوجه ولكن قال بعد القضاء له ، "هذه الدار لفلان ولم يكن لي قطّ" إن بدأ بالإقرار لفلان ثمّ بالنفي عن نفسه أو بدأ بالنفي عن نفسه ثمّ بالإقرار لفلان بأن قال هذه الدار لم يكن لي قطّ وإنّما هي لفلان فإن صدّقه المقر له في جميع ذلك تردّ الدار على المقضي عليه في الوجهين جميعاً.

١- انظر المبسوط للسرخسي ١١/١٨٨.

٢- الجامع الأصغر في الفروع للشيخ الإمام الزاهد محمّد بن الوليد السمرقندي الحنفي ، كشف الظنون ١/٥٣٥.

أمّا إذا صدّقه المقرّ له في الإقرار ، وكذّبه في النفي بأن قال: الدار كانت للمقرّ وهبها لي بعد القضاء له وقبضتها منه ، ذكر في الكتاب: إنّ الدار تدفع إلى المقرّ له ، وهذا الجواب ظاهر فيما إذا بدأ بالإقرار ثمّ بالنفي ، لأنّه يدّعي بطلان الإقرار بعد صحّته ظاهراً لأنّ الدار ملك المقرّ وقت الإقرار ظاهراً والمقرّ له كذّبه في بطلان إقراره فلم يبطل إقراره ، ويضمن قيمة الدار للمقضي عليه لأنّه في زعمه أنّه غاصب الدار ، وقد عجز عن تسليمها بسبب إقراره الأوّل فيضمن قيمتها ، كما لو انهدمت الدار.

أمّا إذا بدأ بالنفي ينبغي أن لاّ يصحّ إقراره ، لأنّه لمّا بدأ بالنفي فقد أكذب شهوده فيما شهدوا به لأنّهم شهدوا أنّ الدار له من الأصل، وأقرّ أنّها ليست له من الأصل وأقرّ ببطلان القضاء ، وأنّ الدار للمقضي عليه ، فإذا قال بعد ذلك "ولكنّها لفلان" حصل مقرّاً بملك الغير فينبغي أن لاّ يصحّ إقراره.

لكن نقول: تصحيح إقراره واجب ما أمكن ، وأمكن تصحيح إقراره بتقديم إقراره على النفي ، والتقديم والتأخير شائع في كلام العرب فقدّمنا إقراره تصحيحاً ، ولكن يجب أن يكون قوله "ولكنّها لفلان" موصولاً بالنفي لأنّه إنّما يقدّم الكلام ويؤخّر إذا كان الكلام بعضه موصولاً بالبعض.

قالوا: ما ذكر في الكتاب أنّ المقرّ له إذا قال: "وهبها لي وقبضتها منه فهي لي بالهبة" ، إنّما يصحّ إذا غابا عن مجلس القضاء حتّى أمكن للقاضي تصديق المقرّ له فيما ادّعى من الهبة ، فأمّا إذا قال هذا في مجلس القضاء ، فقد علم القاضي بكذبه لأنّه علم أنّه لم يجر بينهما هبة وما يكون كذباً كان عدمه ووجوده بمنزلة ، فينبغي أن لا يصحّ إقرار المقرّ في هذا الوجه.

قالوا أيضاً: قول محمّد في الكتاب "القاضي يقضي بقيمة الدار للمقضي عليه على المقضي له " قول محمّد وهو قول أبي يوسف الأوّل، ومنهم من قال هذا قول الكل.

ولو قال المقضي له "هذه الدار ليست لي إنّما هي لفلان" فهذا وما لو قال "هذه الدار لفلان لاحق لي فيه" سواء حتّى لا يبطل قضاء القاضي بالدار للمقضي له.

(٧٢) وفي الجامع رجل في يديه دار جاء رجل وادّعى أنّها كانت لأبيه مات وتركها ميراثاً له وأقام على ذلك بيّنة ، وقضى القاضي له بالدار ثمّ جاء رجل وادّعى أنّها داره اشتراها من أب المقضي له في حال حياته وصدّقه المقضي له بذلك فإنّ الدار تردّ على المقضي عليه ويبطل القضاء ويقال لمدّعي الشراء ، أقم البيّنة على المقضي عليه أنّها كانت لأب المقضي له وإنّك اشتريتها منه ، فإن أقام البيّنة قضى له بالدار وإلاّ فلا.

الباب الثاني

في مجامع آداب القضاء قبل التقلّد وبعده

وهذا الباب مشتمل على فصول:

الفصل الأول

في بيان الأدب قبل التقلّد وبيان ما يوجب التحرّز عن التقلّد

[طلب القضاء وقبوله]

(٧٣) ذكر الصدر الشهيد رحمه الله في واقعاته في الفصل الرابع من كتاب أدب القاضي " لايجوز طلب القضاء بالشفعاء ولا بالرشوة".

وذكر عن أبي القاسم رحمه الله أنّ القضاة على قسمين ، قاض قلّد [احتساباً] وقاض ولّي بسبب دفع الرشوة أو الشفعاء فالأوّل إذا قضى في فصل مجتهد ثمّ رفعت قضيته إلى قاضٍ يرى خلافه لا ينقضه والثاني إذا رفعت قضيّته إلى قاض يرى خلافه ، له أن ينقضه.

والفتوى على أنّ من تقلّد بواسطة الرشوة لا ينفذ قضاؤه أصلاً لأنّ الإمام إذا قلّد برشوة ارتشاها هو أو قومه وهو عالم به لم يصحّ تقليده ، كقضاء القاضي فيما ارتشى فيه ، أمّا الذي قلّد القضاء بسبب الشفعاء والذي قلّد احتساباً سواء في نفاذ قضائهما في المجتهد ، وإن كان لا يجوز الطلب بالشفعاء[1].

١- كذلك في خلاصة الفتاوى باختلاف يسير في العبارة (٤/٥). =

(٧٤) وذكر الشيخ الإمام فقيه الأمّة نجم الدين عمر النسفي رحمه الله في مشارع الشرائع[١] عن الكرخي والخصّاف وعلماء العراق رحمهم الله أنّه لا يحلّ قبول القضاء ما لم يجبر عليه .

وذكر صاحب الفتاوى الكبرى[٢] لا ينبغي لأحد أن يطلب القضاء وإن فعل فهو مسيئ لقوله عليه السلام "من جعل على القضاء "وفي رواية "من قلّد القضاء فكأنما ذبح بغير سكين"[٣].

=طلب القضاء بالشفعاء أو بالرشوة حرام ، لأنّ أنس بن مالك رضي الله عنه قد روى عن النبي ﷺ: من سأل القضاء وكّل إلى نفسه ومن أجبر عليه ينزل الملك يسدّده (أبو داود والترمذي وابن ماجه) وأخرج البخاري عن عبد الرحمن: أنّ النبي ﷺ نهاه عن طلب الإمارة وقال مثل ذلك وقد صرّح الفقهاء أنّه كما لا يحلّ الطلب لا يحلّ التولية كما في النهر (ردّ المحتار ٤/٤٢٥، البدائع والصنائع/٤٠٨٠).

١- مشارع الشرائع أو مشارع الشارع في فروع الحنفية للشيخ نجم الدين أبي حفص عمر بن محمّد النسفي المتوفي سنة ٥٣٧ هـ (سبع وثلاثين وخمسمائة) كذا في فهرس القنية ورمزه ش (كشف الظنون ٢/١٦٨٦).

٢- الفتاوى الكبرى للإمام الصدر الكبير الشهيد حسام الدين عمر بن عبد العزيز الحنفي المتوفى شهيداً سنة ٥٣٦.

٣- قد رواه الترمذي وأبو داود وابن ماجه بلفظ من جعل إلخ.... ورواه الوكيع محمّد بن خلف في أخبار القضاة بطرق مختلفة ١/٧.

قال بعض أهل العلم: هذا الحديث دليل على شرف القضاء وعظيم منزلته وإن المتولّي له مجاهد لنفسه وهواه ، وهو دليل على فضيلة من قضى بالحقّ إذ جعله ذبيح الحقّ امتحاناً لتعظم له المثوبة امتناناً ، فالقاضي لما استسلم لحكم الله وصبر على مخالفة الأقارب والأباعد في خصوماتهم فلم يأخذه في الله لومة لائم حتّى قادهم إلى أمر=

وذكر محمّد رحمه الله في أدب القاضي بلغنا عن رسول الله ﷺ من ابتلي أن يقضي بين اثنين فإنّه يذبح نفسه بغير سكين. وكان الشيخ الإمام شمس الأئمّة الحلواني رحمه الله يقول: لا ينبغي لأحد أن يزدري بهذا اللفظ كيلا يصيبه ما أصاب ذلك القاضي فقد حكى أن قاضياً روي له هذا الحديث فقال كيف يكون هذا وازدرى به ثمّ دعا إلى مجلسه من يسوّى شعره فجعل الحلاّق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه فانعطس[1] القاضي فأصابه الموسى وألقى رأسه بين يديه.

وذكر عن الحسن رضي الله عنه[2] أنّه قال إنّ الله تعالى أخذ على الحكّام ثلاثاً وهذا ليس إلى الحسن علمه ثمّ قال: "أن لا يتّبعوا الهوى"، فيه دليل على أنّ المنهي إنّما هو اتّباع الهوى لا نفس الهوى، لأنّه ليس في وسعه، فإنّه إذا جثى الخصمان بين يديه لابدّ أن يقع في قلبه أن يكون المآل لهذا أو لهذا، وهذا لا يمكن الاحتراز عنه، ولا يخاطب بالانتهاء عنه، ثمّ قال: ﴿فَلَا تَخۡشَوُاْ ٱلنَّاسَ وَٱخۡشَوۡنِ﴾ لأنه متى خاف الناس لا يمكنه أن يطلب رضاء الله

=الحقّ وكلمة العدل، وكفّهم عن دواعي الهوى والعناد، جعل ذبيح الحقّ لله، وبلغ به حال الشهداء الذين لهم الجنّة (معين الحكّام /٨).

١- في نسخة إذ عطس.

٢- ذكره الصدر الشهيد في شرح أدب القاضي مع تغير يسير في الألفاظ ١/١٥٨-١٥٩.

تعالى ، ثم قال:﴿ وَلَا تَشْتَرُوا بِآيَاتِي ثَمَنًا قَلِيلًا ﴾[1] وأراد به النهى عن أخذ الرشوة.

(٧٥) وذكر عن شريح رضي الله عنه[2] أنه قال: إنما القضاء جمر فادفع الجمر بعودين يعني شاهدين[3].

(٧٦) وذكر صاحب الأقضية: أن العلماء اختلفوا في جواز الدخول في القضاء على أربعة[4] أوجه .

١- المائدة:/٤٤.

٢- أبو أمية شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم بن معاوية بن عامر بن الراتش ابن الحارث بن معاوية بن ثور بن مرتع الكندي ، كان من كبار التابعين وأدرك الجاهلية، واستقضاه عمر بن الخطاب رضي الله عنه على الكوفة فأقام قاضيا خمسا وسبعين سنة ، لم يتعطل فيها إلا ثلاث سنين ، امتنع فيها من القضاء في زمان ابن الزبير رضي الله عنه ، واستعفي الحجاج بن يوسف من القضاء فأعفاه و لم يقض بين اثنين حتى مات، وكان أعلم الناس بالقضاء ذا فطنة وذكاء ومعرفة وعقل ورصانة ، قد اختلفت الروايات في تحديد تاريخ وفاته ، جمعها ابن خلكان (وفيات الأعيان ٤٦٠/٢).

٣- قول شريح رواه وكيع عن عبد الله بن أحمد بن حنبل قال ثنا أبي قال ثنا وكيع قال إنما القضاء جمر فادفع الجمر بعودين يعني شاهدين (أخبار القضاة ٨٧/٢ ، أدب القاضي ١٤٨/١) وأيضا قال السرخسي رحمه الله هو معنى الحديث المروى عن رسول الله ﷺ قال: القضاء جمرة إلخ (المبسوط ٦٤/١٦).

٤- قال الشيخ طاهر بن عبد الرشيد البخاري في كتابه المعروف بـ "خلاصة الفتاوى" وإذا اجتمع الشرائط هل له أن يتقلد القضاء ، فيه أقاويل أربعة قال بعضهم يكره وقال بعضهم لا بأس به وقال بعضهم وعليه عامة المشائخ ، أن التقليد رخصة والترك عزيمة.

قال بعضهم: يكره له ذلك ، وعلى هذا كان أكابر السلف ، ومنهم أبو حنيفة رضي الله عنه فإنّه كلّف تقلّد القضاء فأبى حتّى ضرب ثلاث مرّات ، كلّ مرّة ثلاثين سوطاً، وحبس إلى أن مات[1] ، وكذا امتنع كثير من العلماء وروي أنّ محمّداً رحمه الله كلّف فامتنع حتّى قيّد نيفاً وخمسين يوماً، وفي رواية نيفاً وأربعين[2] يوماً فلمّا خاف على نفسه تقلّد ، فدلّ أنّ الدخول في القضاء اختياراً مذموم وإن كان يعلم أنّه يمكنه النهوض بحقّ.

(٧٧) وكذا الدخول في جميع أمور العامّة كالإمارة والإمامة والفتوى.

(٧٨) ولا ينبغي لأحد أن يفتيَ الناس إلاّ إذا كان مخصوصاً بالعلم والأمانة والعدالة والوقوف على أدلّة الشرع ، إلاّ أن يفتي بشيء قد سمعه فإنّه يكون حاكياً لا مفتياً ، وكان بمنزلة الراوي فيشترط فيه ما يشترط في الرواية من العقل والضبط والإسلام والعدالة.

=وقال الصدر الشهيد في شرح أدب القاضي للخصّاف "أمّا في جواز الدخول في= القضاء فقد اختلفوا فيه فمنهم من قال يجوز الدخول فيه......مختاراً ومنهم "من قال لا يجوز الدخول فيه إلاّ مكرهاً ......، وقال الصدر: إنّ الصحيح أنّ الدخول في القضاء مختاراً رخصة وأنّ الامتناع عزيمة ١/١٣٢-١٣٤.

١- انظر: مناقب الإمام للموفق ١/١٦٢- ٢٠٢ -٢٠٥ ، والمناقب للكردري ١/١٧٨ ، والمناقب للإمام الذهبي /١٦-١٧ ، وأدب القضاء لابن أبي الدّم وغير ذلك من الكتب.

٢- انظر: مناقب أبي حنيفة وصاحبيه للإمام الذهبي بتحقيق الإمام زاهد الكوثري /٥٥ ، والجواهر المضيئة ٢/٤٤ ، ونصب الراية ٤/٦٥ وخلاصة الفتاوى ٤/٣.

(٧٩) وقد روي عن أصحابنا رحمهم الله أنهم قالوا: لاينبغي لأحد (وفي رواية) لا يحلّ لأحد أن يفتي بقولنا مالم يعلم من أين قلنا[١].

[تقليد القضاء والإفتاء]

(٨٠) والإمام الأعظم مأمور بتقليد القضاء والإفتاء إلى من هو أعلم الناس وأورعهم وأتقاهم وأولاهم ، فقد قال رسول الله ﷺ: "من قلّد غيره عملاً وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين"[٢].

(٨١) وقال بعضهم: لا بأس بتقلّد القضاء ، لأنّ الأنبياء عليهم السلام والخلفاء الراشدين رضي الله عنهم اشتغلوا به وكفي بهم قدوة، ولأنه لو لم يطلق له ذلك لأدّى إلى تطويل الخصومات وتعطيل الحقوق، وفيه من الفساد ما لا يخفي ، وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله أنهم قالوا: إذا أمّر من غير مسألة فلا بأس بالقبول وإن سأل يكره له ذلك ويكون مسيئاً[٣].

(٨٢) وقال بعضهم: إن ترك التقلّد عزيمة ، والتقلّد رخصة[٤] طمعاً في إقامة العدل ، وقيل: الخير فيمن يهرب لا فيمن يطلب.

١- انظر: جامع الفصولين ١/١٤-١٥.

٢- قال رسول الله ﷺ: من قلّد غيره عملاً......الحديث، البحر، رد المحتار ٤/٤٢٣.

٣- انظر خلاصة الفتاوى ، كتاب القضاء الجنس الثاني ٤/ ٣ وشرح أدب القاضي ١/١٣٢.

٤- انظر: خلاصة الفتاوى: فيه ، وعليه عامّة المشائخ: أنّ التقليد رخصة والترك عزيمة ٤/٣ ، الجنس الثاني من كتاب القضاء.

وفي كتاب شرح أدب القاضي: أمّا الدخول رخصة والامتناع عزيمة ١/١٣٤.

(٨٣) وذكر الصدر الشهيد رحمه الله في أدب القاضي إنّما يستحبّ التحرز عن الدخول في القضاء إذا كان في البلدة قوم يصلحون للقضاء ، أمّا إذا لم يكن فحينئذٍ يفترض عليه التقلّد صيانة لحقوق العباد وتنفيذاً لأحكام الشّرع ، وإخلاء للعالم عن الفساد حتّى لو امتنع عن التقلّد يأثم ، وإن كان في البلدة قوم يصلحون للقضاء فلو امتنع واحد منهم لا يأثم ، ولو امتنعوا جميعاً فإن كان السلطان بحيث لايفصل الخصومات بنفسه يأثمون ، لأنّه تضييع أحكام الله تعالى ، وإن كان يفصل بنفسه لا يأثمون لأنّه لا يؤدّي إلى ذلك ، ولو امتنع الكلّ حتّى لو قلّد جاهل يشتركون في الإثم[1] ، والله اعلم.

١- كتاب شرح أدب القاضي ١/١٦١-١٦٢

وهناك زيادة ولو امتنع الكل حق ولّوا جاهلاً يشتركون في الإثم لأنّه يؤدّي إلى تضييع أحكام الله تعالى ، فلا يحلّ لهم السكوت.

الفصل الثاني

فيما ينبغي للقاضي أن يفعل بعد التقلّد وأن لا يفعل

(٨٤) قال الخصّاف رحمه الله: وإذا ابتلي الرجل بالقضاء، ودخل فيه فليتّق الله وحده لا شريك له، لأنّ الإنسان إنّما ينال ما يطلب في الدنيا والآخرة بالتقوى، قال الله تعالى: ﴿ وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجۡعَل لَّهُۥ مِنۡ أَمۡرِهِۦ يُسۡرٗا ﴾[١] ثمّ قال: ويؤثر طاعة ربّه ويعمل لمعاده لأنّ ما يأتي به القاضي يصلح أن يكون سبباً لنيل ثواب الله تعالى، ويصلح أن يكون سبباً لنيل متاع الدنيا، فينبغي أن يختار ثواب الله تعالى، فإنّ ما عند الله خير وأبقى، ثمّ قال: ويقصد الحقّ فيما تقلّده لأنّه مأمور بالحكم بحقّ فينبغي أن يجتهد لإصابة الحق[٢].

(٨٥) قال وإذا ولّى الإمام رجلاً قضاء بلدة وكتب له كتاب العهد يثبت قضاؤه عندنا من غير إشهاد على الكتاب، وعند الشافعي رحمه الله إن كان البلد بعيداً ينبغي أن يشهد على التولية شاهدين ويقرأ عليهما كتاب العهد، والشاهدان يخرجان معه فيشهدان بذلك وإن كان البلد قريباً قال الشيخ الإمام أبو إسحاق الشّيرازى[٣] رحمه الله يجب الإشهاد، وقال الشيخ الإمام

١- الطلاق: /٤.

٢- انظر: شرح أدب القاضي، باب من آداب القضاة ١/٢٤٢-٢٤٣.

٣- الشيخ أبو إسحاق هو إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ولد بفيروز آباد قرية من قرى شيراز سنة ٣٩٣هـ ونشأ بها ثمّ دخل شيراز وتفقّه على أبي عبد الله البيضاوي ثمّ قدم البصرة فبغداد وقرأ الأصول على أبي الطيّب الطبري وغيره، وكان أزهد الناس آنذاك وأكثرهم اشتغالاً بالعلم، إلى أن بلغ مبلغ العلم فشدّت الرحلة=

الأصطخري[1] لا يجب ويثبت بالاستفاضة وانتشار الخبر ، كما قالوا في النكاح والعتق والوقف[2].

(٨٦) وإذا أراد القاضي الذهاب إلى بلدة قضائه ينبغي له أن يتعرّف من أمنائها وفقهائها وصلحائها قبل أن يرد تلك البلدة ، لأنّه يحتاج إلى الفقهاء في معرفة حكم الحوادث وإلى الصلحاء لتعديل الشهود وإلى الأمناء والعدول ، حتّى إذا شهدوا بين يديه يمكنه القضاء، ولأنّه إذا دخل البلدة يدخل الناس عليه للزيارة فينبغي أن يتعرّف عن حالهم ، لينـزل الناس منازلهم ، وإن كان القاضي المولّى من أهل تلك البلدة يسأل أيضاً حتّى لا يخفي عليه منزلة أحد، لأنّه يزوره بعد العمل من لم يزره قبل العمل ، فإذا دخل أمَرَ منادياً

=إليه،وكثر تلاميذه ، له كتاب المهذّب والتنبيه وطبقات الفقهاء واللمع في أصول الفقه وغيرها ، وكان طلق الوجه دائم البشاشة، توفي سنة ٤٧٦ هـ ببغداد ، طبقات السبكى ٢١٥/٤.

١- الإصطخري: هو أبو سعيد الحسن بن أحمد بن يزيد بن عيسى الاصطخري نسبة إلى اصطخر ، البلدة المعروفة من بلاد فارس ، وهو بكسر الهمزة ، كان قاضي (قم) وولّي الحسبة ببغداد ، وكان ورعاً متقلّلاً من الدنيا ، وعدّه الخطيب أحد الأئمّة المذكورين بالفضل والعلم ، ألف كتابه في علم القضاء لم يؤلف أحد بعده إلاّ ونقل عنه ، فكانت له مكانة كمكانة أدب القاضي للخصّاف عند الحنفية ، توفّي سنة ٣٢٨ هـ (وفيات الأعيان ٣٥٧/١ ، البداية والنهاية ١٩٣/١١).

٢- انظر: أدب القضاء للماوردي ١٨١/١ إلى ١٨٤/١ فقرة ١٩٩ ، وأدب القاضي لابن أبي الدّم١٤٠/١)

ينادي: ألا إن فلان بن فلان حضر قاضياً فاحضروا لسماع عـــهده ، فــإذا اجتمعوا يقرأ عليهم العهد ويقعد للقضاء[1].

[مجلس القضاء وآدابه]

(٨٧) ويجلس للحكم في موضع بارز للناس يراه كلّ أحد.

(٨٨) وقد اختلف العلماء في أنّه هل يجوز للقـــاضي أن يجلـس في المسجد للقضاء؟ قال علماؤنا رحمهم الله لا بأس به.

وروي عن أبي حنيفة رحمه الله أنّه قال: ينبغي[2] للقاضي أن يجلـــس في المسجد الجامع لأنّ في الخصوم الغرباء وأهل البلدة فينبغي أن يختار موضعـــاً لا

١- انظر: شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٢٩٣/١ باب معرفة القاضي المقلّد أحوال الناس قبل دخوله البلدة.

٢- قال في الهداية: ويجلس للحكم جلوساً ظاهراً في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء (الهدايـــة الطبعـه الجديده ٣٦٣/٥) وقال الخصّاف في أدب القاضي: ينبغي للقاضي أن يجلس للحكم في المسجد الجامع فإنّه أشهر المجالس ٣٠٩/١ ، وفي شرح النقاية: والحاصل أنّ جلوسه للحكم في أشهر الأماكن ومجامع النـــاس بلا حاجب ولا بوّاب أفضل ، وعلى حاشية شرح النّقاية: ينبغي أن لا يكون مختبئاً(شرح النقاية ٢٩٨/٢).
وفي بدائع الصنائع للكاساني: ٤١٠٣/٩ ، اعلم أنّ الفقهاء قد راعوا في مجلس القضاء ثلاثة شروط:
الأوّل: الإذن العامّ ، لئلا يتحرّج أهل الحاجة في الدخول في مجلس القضاء.
الثاني: الشهرة، لأنّ مجلس القضاء إذا كان مشهوراً ومعروفاً بين الناس فتصل إليه الغرباء بسهولة ويسر.
الثالث : أن يكون أبعد عن التهمة وسوء الظن.
ولهذا إذا كان مجلس القضاء له مبنى خاصّ فهو أنسب ، وإلا فالأحسن في هذا الزمان في مثل بلادنا (الهند) أن مجلس القاضي في المدارس الإسلامية لأنّ لها شهرة بين الناس ، ولأنّها ليست ملكاً لشخص خـــاص ، فهو كالوقف والإذن العام حاصل لكلّ من يدخل فيها ، وأيضاً بعيدة عن التهمة وسوء الظن ، وإنّما قلنـــا أنّ المدارس أحسن من المساجد لعقد مجلس القضاء لأنّ القضاء في المسجد مختلف فيه بين الفقهاء ، والأدب التوقي عن الاختلاف.
وإن لم نجد مدرسة أو محلاً عامّا فنختار المسجد لأنّ الفقهاء الحنفية يقولون على الإطلاق بجواز القضـــاء في المسجد بل قد حسّنوه ، نعم هناك نقطة وهي أنّ القاضي إذا ظنّ أنّ عقد مجلس القضاء في المسجد أرجـــى لوضوح الحقّ ففي هذه الصورة المسجد أرجح.

يخفى على أحد ، والمسجد الجامع في كلّ بلدة أشهر المواضع، وإن جلس في مسجد حيّه لا بأس به.

(٨٩) وكذلك إن جلس في بيته أو حيث بدا لــه لأنّ القضـــاء في المصر لا يختصّ بمكان دون مكان ، ألا ترى أنّ الصّلاة جائزة في الأمـــاكن كلّها كذا ههنا[١].

(٩٠) وذكر عن عبد الرحمن بن قيس أنّه قال: "رأيت يحيى بن يعمر[٢] يقعد في الطريق ويقضي[٣] لأنّ القاضي بتقلّده القضاء التزم فصل الخصومات

١- وقد كتب العلاّمة أبو القاسم علي بن محمّد بن أحمد الرحبي السمناني في كتابـه "روضة القضاة وطريق النجاة" أحوال شيخه قاضي القضاة الدامغاني رحمه الله ، فقال: وكان يقضي في داره وربّما سمع الشهادة على الطريق وفي السكّة (أو في السفينة) إذا عبر وعلـى بـاب الديوان ، وما رأيته عقد قطّ مجلس حكم في الجامع ولا في المسجد١/٩٣.

٢- يحيى بن يعمر: هو أبو سليمان ويقال أبو عدي العدواني البصـري ، الفقيـه ، كـان قاضياً بمرو ، روى عن أبي ذرّ وعمّار وعائشة وأبي هريرة وابن عبّـاس وابـن عمـر وغيرهم، وعنه روى عبـد الله بن بريدة وقتـادة ويحيى بن عقيل وعطـاء الخراسـاني وسليمان التيمي واسحاق بن سويد العدوي وغيرهم ، قيل إنّه أوّل من نقّـط المصحـف وكان أحد الفصحاء الفقهاء ، أخذ العربية عن أبي الأسود، وكان الحجّاج فقبله قتيبة بـن مسلم وولاّه قضاء خراسان ، وكان له عدّة نواب ، ومتّفق على حديثه وثقته ، مات قبـل المائة وقيل بعدها ، انظر: تذكرة الحفّاظ ١/٧٥-٧٦ ، تقريب التهذيب ٢/٣٦١، تـاريخ الإسلام للذهبي ٤/٦٨.

٣- انظر : شرح أدب القاضي، باب القضاء في الطريق ١/٣٠٠ .

فينبغي أن يفصل في أيّ موضع تقدّما إليه ، ولكن إنّما يقعد في الطريق إذا كان الطريق لا يضيق بالمارّة ، وأمّا إذا كان يضيق يقف في ناحية الطريق ، وإنّما يقف في ناحية الطريق إذا كان لايضيق، أمّا إذا كان يضيق لا يقف بل يمشي ولا يقضي لأنّه يتفرّق رأيه.

(٩١) وقال مالك رحمه الله إن كان القاضي في المسجد فتقدّم إليه الخصمان لا بأس بفصل الخصومة في المسجد ، وإن تعمّد الذهاب إلى المسجد لفصل الخصومة يكره له ذلك[١].

(٩٢) وقال الشافعي رحمه الله يكره جلوسه في المسجد لفصل الخصومة[٢] وهو يقول لأنّ أحد الخصمين لابدّ أن يكون كاذباً وعسى أن يكون الشهود زوراً ، ومن الخصوم المشرك والحائض ، وأنّه نجس وهي ممنوعة عن دخول المسجد.

١- قال ابن فرحون أن يجلس في المسجد مستقبل القبلة ، قال في المدونة ، القضاء في المسجد من الأمر القديم وهو الحق والصواب ،تبصرة الحكّام ٢٦/١.

٢- انظر: المجموع للنووي وفيه ، ويكره أن يجلس للقضاء في المسجد ، وأيضاً أدب القاضي للماوردي وفيه ، قال الشافعي رحمه الله: وأن يكون في غير المسجد لكثرة الغاشية والمشاتمة بين الخصوم. ٢٠٥/١.

(٩٣) وعلماؤنا رحمهم الله قالوا كان النبي عليه السّلام يجلس في المسجد للوفود والقضاء[١] والخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المسجد[٢] ، ونجاسة المشرك في اعتقاده ، والظاهر من حال الحائض والنفساء أنّهما لا تدخلان ، والامتناع عن الإقدام على الكذب وشهادة الزور في المسجد أكثر.

(٩٤) ثمّ إذا دخل المسجد قال بعضهم: لا يسلّم لأنّ فيهم الخصوم والتسليم عليهم مكروه ، وقال بعضهم: يسلّم لأنّه سنّة فلا يسعه ترك السّنة بسبب تقلّد القضاء ، وإنّما يكره تخصيص أحد الخصمين بالتسليم ، وقال بعضهم لا بأس به وتركه جائز حتّى لايرتفع حشمة القضاء[٣]، وإلى هذا مال الخصّاف رحمه الله - هذا هو الكلام وقت الدخول.

(٩٥) أمّا إذا جلس لفصل الخصومة لا يسلّم ولا يسلّم عليه لأنّ السلام تحية الزّائرين ، والخصوم ما تقدّموا إليه إلاّ لأجل الخصومة ، وإذا سلّم عليه

١- قال الصدر الشهيد رحمه الله في شرح أدب القاضي للخصّاف. والدليل عليه ما روي أنّ رسول الله ﷺ كان يفصل بين الخصوم في معتكفه ١/٢٩٨، قال الزيلعي رحمه الله في نصب الراية ، أخرجه الجماعة إلا الترمذي ٤/٧١.

٢- قوله والخلفاء الراشدون إلخ: قال ابن حجر قوله وروي أنّ الخلفاء الراشدين كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات فيه آثار منها ما ذكره البخاري في باب من قضى ولعن في المسجد ، "لاعن عمر عند منبر النبي ﷺ ، الدراية ٢/١٦٨ ونصب الراية ٤/٧٢.

٣- انظر: معين الحكّام /١٨.

كان بالخيار إن شاء ردّ ، وإن شاء لم يردّ ، لأنّ (ردّ)[1] جواب السلام إنّما يستحقّ إذا كان في أوانه ، أمّا إذا كان في غير أوانه لا ، حتّى لا يستحقّ الجواب على المصلّي[2].

(٩٦) ثمّ إذا دخل المسجد فالأصحّ أنّه يصلّي كلما دخل ، إن شاء ركعتين وإن شاء أربعاً والأربع أفضل ، وقال بعضهم: يجلس ثمّ يقوم ويصلّى وعامّة العلماء قالوا: يصلّي كلما دخل المسجد ثمّ يجلس ويدعو الله[3] أن يوفقّه ويسدّده للحقّ ويستعين به ويسأله التوفيق والعصمة عن الزيغ والزلل ، ثمّ يجلس للحكم ويستقبل القبلة وهذا كان في عرفهم[4].

(٩٧) ومشائخنا المتأخّرون رحمهم الله على أنّه يستند ظهره إلى المحراب، والناس يقفون بين يديه مستقبلي القبلة كالخطيب يوم الجمعة فإنّه يخطب

١- هكذا في المخطوطة.

٢- انظر: معين الحكّام الفصل الثّالث فيما يتعلّق بمجلسه ومسكنه /١٨.

٣- ويدعو الله بعدها بما رواه عاصم بن سليمان عن الشعبي عن أم سلمة قالت كان رسول الله ﷺ إذا خرج من بيته قال:اللّهمّ إنّي أعوذبك أن أزِلّ أو أُزَلّ أو أَضِلّ أو أُضَلّ أو أظلِمَ أو أُظْلَمَ أو أجْهل أو يُجْهَلَ عليّ.
وكان الشعبي رحمه الله يضيف بعد هذا أو اعتدي أو يُعتدى عليّ اللهم أعني بالعلم وزيني بالحلم وأكرمني بالتقوى ، حتى لا أنطق إلاّ بالحق ، ولا أقضي إلاّ بالعدل ، أخرجه أبو داود في الأدب من حديث أم سلمة حديث رقم ٥٠٩٤ والترمذي في الدعوات والنسائي في الاستعاذة وابن ماجه في الدعوات.

٤- شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ١/٣١٠-٣١٢.

مستدبر القبلة ، لأنّ القاضي إذا جلس بهذه الصفة يكون الخصوم مستقبلي القبلة فيكون أبلغ في المنع من الإقدام على الكذب.

(٩٨) ويكون أعوانه أمامه بالبعد منه قياماً ، والخصوم جلوس بين يديه، ليكون أهيب في أعين الخصوم ، وشرط "بُعدهم" حتّى لا يقفوا على ما يجري بينهم.

(٩٩) ولا باس بأن يقضي متّكئاً لأنّه نوع جلسة.

(١٠٠) ولا يقيم الحدود والقصاص في المسجد ، بل يخرج ليقام بين يديه أو ينصب نائباً أو يجلس عند باب المسجد ويأمر بإقامته خارج المسجد حيث يراه، وقال الشافعي رحمه الله لا بأس به إذا لم يلوّث المسجد ، لأنّ الحدود والقصاص من تتمات القضاء فيكون قربة[1].

(١٠١) ويضع القمطر[2] إلى جانب يمينه لأنّ القمطر سلاح القاضي فإنّ فيه السجلاّت [3] والمحاضر[4] والصكوك [5] ، وسلاح الإنسان يكون موضوعاً بين يديه[6].

١- انظر: أدب القاضي للماوردي وفيه: قال الشافعي: وأنا لإقامة الحدود في المساجد أكره وهذا صحيح ، وهو قول الأكثرين أنّ إقامة الحدود في المساجد مكروهة١/٢١٠.

٢- القمطر: هو ما يصان فيه الكتب [الصحاح للجوهري].

٣- السجل: هو كتاب يدوّن فيه الدعوى وجواب الدعوى وغير ذلك ممّا يتعلّق بالخصومة.

٤- المحاضر: ورقة يكتب فيها ما يجري في مجلس القضاء.

٥- الصكوك: جمع صَك معناه كتاب يكتب فيه الإقرار بالمال.

٦- شرح أدب القاضي ١/ ٣١٥ باب قمطر القاضي. أمّا اختيار الجانب الأيمن فلحديث رسول الله ﷺ الذى رواه البخاري عن عائشة رضي الله عنها كان النبي ﷺ يعجبه=

(١٠٢) ثمّ يفتح القاضي القمطر أو يفتح قيّمه بين يديه ، ولا يدخل القيّم يده فيه مخافة أن يدخل فيه ما لم يكن ويخرج شيئاً آخر.

(١٠٣) وينبغي للقاضي أن لا يقضي وهو جائع أو عطشان أو كظيظ من الطعام أو غضبان[1] أو به قلق أو ضجر أو غضب ، لأنّه يكلّ فهمه ، وينقطع رأيه ، فيشتبه عليه جهة الصواب ، ومع هذا لو قضى جاز إذا كان وجه القضاء بيّناً.

(١٠٤) وحكي عن الشيخ الإمام شمس الأئمّة الحلوائي رحمه الله ينبغي أن يقضي شهوته قبل أن يجلس للقضاء إذا كان شابّاً ، وهكذا قال مشائخنا رحمهم الله[2].

[سلوك القاضي وتعامله]

(١٠٥) ولا ينبغي للقاضي أن يكون فظاً غليظاً جبّاراً ، بل يكون ليّناً من غير ضعف ، قويّاً من غير عنف ، يشتدّ حتّى يستوفي الحقوق ويداري كيلا يُنفي القلوب[3].

=التيمّن في تنعّله وترجّله وطهوره وفي شأنه كلّه . [صحيح البخاري باب الوضوء ٣٠/١].

١- أو غضبان: لحديث رسول الله ﷺ: لا يقضين أحدكم بين اثنين وهو غضبان ، متّفق عليه، المبسوط للسرخسي ٦٧/١٦ ، معين الحكّام /٢٠ ، شرح أدب القاضي ٢١٢/١ ، بدائع الصنائع ٤٠٩٤/٩.

٢- انظر خلاصة الفتاوى ٩/٤ ، والفتاوى الهندية ٣٢٨/٣ وشرح أدب القاضي ٤٢/١ ، باب آداب القاضي وصفاته حين جلوسه.

٣- خلاصة الفتاوى ٩/٤.

(١٠٦) وينبغي للقاضي أن يحضر الجنازة ويعود المريض لأنه من حقوق المسلمين[١].

(١٠٧) ولا ينبغي أن يبيع ويشتري في مجلس القضاء بل يولي لذلك غيره حتى لا يذهب عرضه ، وذكر محمد رحمه الله في أدب القاضي: لا بأس بأن يبيع ويشتري في غير مجلس القضاء ، والفتوى على أنه لا يتولى البيع والشراء بنفسه أينما كان [٢] ، والأولى أن لا يعلم وكيله حتى لا يسامح فيصير آكلا

١- انظر: كتاب شرح أدب القاضي للخصاف ٣٤٨/١ باب شهود القاضي للجنازة وعيادته للمريض، بدائع الصنائع ٤٠٩٦/٩ ، البحر الرائق ٣٠٦/٦ رد المحتار ٣٣/٤ ، معين الحكام /١٨.

٢- الحاصل أن البيع والشراء إما أن يكون في مجلس القضاء أو خارجه ، ثم إما أن يكون ممن يرجو أنه يحابيه بسبب القضاء أولا يرجو هذا ، فأما البيع والشراء في مجلس القضاء فكرهه العلماء على الإطلاق ، أما في غير مجلس القضاء فبعضهم كرهوه على الإطلاق، وبعضهم أباحوه على الإطلاق ، وبعضهم قالوا أنه إذا كان ممن يرجو أنه يحابيه فمكروه وإلا فلا.

أما المصنف فقد قال: إن الفتوى على الكراهية في غير مجلس القضاء أيضا ، وصححه قاضيخان كما حكى عنه في الهندية ، قال الفقيه أبو الليث في عيون المسائل: ولا ينبغي للقاضي أن يشتري ولا يبيع مادام قاضيا ، وينبغي أن يتولى ذلك غيره ممن يوثق به ، وقال محمد في كتاب أدب القاضي: لا بأس بأن يبيع ويشتري في غير مجلس القضاء. (عيون المسائل /١٠٨ طبع ١٤١٩ هـ ، بيروت).

بقضائه ، فينبغي أن لا يستقرض ولا يستعير[1] لأن في ذلك كله تهمة ، وعلى القاضي أن يتحرز عن التهمة[2].

١- انظر: البحر الرائق ٦/٣٠٥-٣٠٦ ، ومعين الحكام للطرابلسي/١٨ والمبسوط ١٦/ ٨١-٨٢ أدب القاضي للماوردي ١/٢٣٧ ورد المحتار ٤/٤٣٣.

٢- لا ينبغي للقاضي أن يبيع ويشتري شيئا لنفسه في مجلس القضاء ويجوز أن يبيع ويشتري للأيتام الذين هم تحت ولايته ، وشرط الجواز أن لا يستفيد بمنصبه ، وقد ذكر السرخسي على هذا الموضوع بحثا مفصلا وهو هذا.

وينبغي له أن لا يشتري شيئا ولا يبيع في مجلس القضاء لنفسه لأنه جلس للقضاء فلا يخلط به ما ليس من القضاء ومعاملته لنفسه في شيء ، ولأن الإنسان فيما يبيع ويشتري يماكس عادة وذلك يذهب حشمة مجلس القضاء، ويضع من جاهه بين الناس وفي قوله "لنفسه" إشارة إلى أنه لا بأس بأن يفعل ذلك في مجلس القضاء ليتيم أو ميت مديون ، فإن ذلك من عمل القضاة،وإنما جلس لأجله ومباشرة ذلك في مجلس القضاء أبعد عن التهمة منه إذا باشره في غير مجلس القضاء ، ولا بأس بأن يبيع ويشتري لنفسه في غير مجلس القضاء عندنا، ومن العلماء رحمهم الله من كره ذلك للقاضي ، ويروون في ذلك حديثا أن النبي ﷺ قال لا يبيع القاضي ولا يبتاع ، ولأن العادة أن الناس يسامحون في المعاملة مع القضاة بين أيديهم خوفا منهم أو طمعا فيهم ، فيكون من هذا الوجه في معنى "من يأكل بدينه" والمقصود يحصل لو فوض ذلك إلى غيره ليباشر على وجه لا يعلم أنه يباشر ، ولكنا نقول مستدلا بما روى أن النبي ﷺ اشترى سراويل بدرهمين ، فقد باشر رسول الله ﷺ الشراء لنفسه وكان رؤساء القضاة والخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم كانوا يباشرون ذلك بأنفسهم ، حتى أن أبا بكر رضي الله عنه، بعد ما استخلف حمل متاعا من متاع أهله إلى السوق ليبيعه ، ولأنه بعد=

(١٠٨) وينبغي للقاضي أن يجيب الدعوة العامة ، ولا يجيب الدعوة الخاصة[1] لأنه مقصود في الدعوة الخاصة فيكون آكلا بقضائه.

وقال بعض العلماء العشرة وما دونها دعوة خاصة ، وإن جاوز كان دعوة عامة ، وقيل الختان والعرس دعوة عامة ، قال[2] الشيخ الإمام شمس

=تقلد القضاء يحتاج لنفسه وعياله إلى ما كان محتاجا إليه قبل التقليد ، وبأن تقلد هذه الأمانة لا يمتنع عليه معنى النظر لنفسه والقيام لمصالح عياله ، وتهمة المسامحة موهومة أو هو نادر فلا يمتنع عليه التصرف لأجله ، ولأن ذلك إذا لم تكن مباشرة هذا التصرف من عادة القاضي في كل وقت ، فأما إذا كان من عادته فقلما يسامح في ذلك فوق ما يسامح به غيره ، وتأويل النهي إن صح " في مجلس القضاء" مبسوط للسرخسي ٧٧/١٦ ، معين الحكام /١٧.

١- انظر: أدب القاضي لابن أبي الدم ، أما الولائم العامة فلا يكره له الإجابة إليها ووليمة العرس يستحب له إتيانها ٣٣٤/١ فقره ٦٤ باب حضور القاضي الولائم العامة ، وقال ابن فرحون المالكي قال أشهب في المجموعة: لا باس أن يجيب الدعوة العامة إن كانت وليمة أو صنيعا عاما لفرح ، فإما أن يدعى مع عامة لغير فرح فلا يجيب وكأنه إنما دعي خاصة ، وكان ذلك لأجله ، وقال سحنون: يجيب الدعوة العامة دون الخاصة.تبصرة الحكام ٢٤/١.

وفي المبسوط للسرخسي رحمه الله ولا بأس أن يجيب الدعوة الجامعة فذلك من السنة قال ﷺ: من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم ﷺ.

وقال: ولا يجيب الدعوة الخاصة الخمسة والعشرة في مكان لأن ذلك يجر إليه تهمة الميل ، المبسوط ٨١/١٦-٨٢.

٢- وأصح ما قيل في الفرق بين الدعوة الجامعة والخاصة أن كل ما يمتنع صاحب الدعوة من إيجاده إذا علم أن القاضي لا يجيبه فهو الدعوة الخاصة ، وإن كان لا يمتنع من إيجاده لذلك=

الأئمّة السرخسي رحمه الله: الصحيح أنّ صاحب الدعوة لو علم بأنّ القـــاضي لا يحضره يمتنع عن اتّخاذ الدّعوة فهي خاصّة وإلاّ فهي دعوة عامّة ، هذا إذا لم يكن بينهما مباسطة بسبب قرابة أو صداقة وإن كان فلا بأس ، هكذا ذكــــر الخصّاف رحمه الله ، ولم يحك خلافاً وذكر الطحاوي رحمه الله فيه خلافاً قال: على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا يجيب الدعوة الخاصّة ، القريـــب وغـــيره سواء، وعلى قول محمدّ رحمه الله يجيب إذا لم يكن للقريب خصومة ، أمّــا إذا كان فلا ، وإنّما لا يجيب الدعوة الخاصّة لمن كان لا يتخذ الدعوة لأجله قبـــل القضاء ، ويجيب لمن كان يتّخذ قبله وهكذا الهدايا.

[الإهداء للقاضي]

(١٠٩) وذكر الصدر الشهيد رحمه الله في أدب القاضي[1] .

إنّ الهدية على ثلاثه أوجه: إمّا أن يكون حلالاً مـــن جـــانب المـــهدي والقابض جميعاً ، أو حلالاً من جانب المهدي ، حراماً من جانب القـــابض، أو يكون حراماً من جانب المهدي والقابض جميعاً ، أمّا الأوّل لابتغـــاء التـــودّد والتحبّب ، والثاني ليكفّ عنه ظلمه لأنّه جعل بعض المال وقاية الباقي.

=فهو الدعوة العامّة ، لأنّه عند ذلك يعلـــم أنّ القاضي لم يكن مقصوداً بتلك الدعـــوة ، وإنّما يمتنع من إجابة الدعوة الخاصة إذا لم يكن صاحب الدّعوة ممّن اعتاد إيجاد الدعوة لــــه قبل أن يتقلّد القضاء، فإن كان ذلك من عادته قبل هذا فلا بأس بأن يجيب دعوته ، مبسوط للسرخسي ٨١/١٦.

١- قد ذكر هذه المسألة الصدر الشهيد رحمه الله في شرح أدب القاضي فقسّم الهدايا علـــى ثلاثة أوجه ، كما حكاه المصنّف وفصل المسألة تفصيلاً حسناً.

انظر: شرح أدب القاضي ٥٣/٢-٥٥ ، وخلاصة الفتاوى ٧/٤.

وقال بعضهم: لا يباح الإعطاء لأنه تمكين من أخذ الحرام والأصحّ ما ذكرنا "أنّه حرام على القابض" لأنّ كفّ الظلم عنه واجب بدون المال ، وليس له أن يقول أعطاه بطيبة من نفسه ، بل أعطاه لخوف منه ، والثالث أن يهديه ليعينه عند السلطان ، فإن كان مقصوده حراماً لا يحلّ من الجانبين ، وإن كان حلالاً لايحلّ الأخذ لأنّ القيام بمصالح المسلمين واجب ، والحيلة فيه أن يستأجره إلى مدّة معلومة ليعمل له وإن لم يبيّن المدّة لا يجوز ، هذا إذا كان على فعل يجوز عليه الاستيجار ، وأمّا إذا كان الاهداء من غير شرط[1] لكنّه يعلم أنّه أهدى إليه ليعينه عند السلطان ، ويصلح أمره ، فقد نقل عن ابن مسعود رضي الله عنه كراهة الأخذ ، ومشائخنا رحمهم الله على أنّه لا بأس به.

فأمّا إذا قضى حاجته وأصلح أمره من غير شرط ولا طمع لابأس بقبولها، وأمّا إذا كان بينهما تهادٍ قبل ذلك بسبب قرابة أو صداقة فأهدى إليه ثمّ قام هو لإصلاح أمره فلا بأس ، لأنّ ردّه لا يُعَدّ من مكارم الأخلاق ، وكذا في القرابة لأنّه سبب لقطيعة الرحم[2].

١- الفرق بين الهدية والرشوة ، الرشوة: هو مال يعطيه بشرط أن يعينه ، والهدية: هو مال يعطيه ولا يكون معها شرط الإعانة ، ولا يخفي أنّ المعروف كالمشروط ، نقلاً عن البحر ٣٠٥/٦.

٢- قال السرخسي في المبسوط: ولا يقبل الهدية ، وقبول الهدية في الشرع مندوب إليه ، قال ﷺ ، نعم الشيء الهدية ، إذا دخلت الباب ضحكت الأسكفة ، وقال ﷺ: الهدية تذهب وحر الصدر أو وعر الصدر، وقال ﷺ تهادوا تحابوا ، ولكنّ هذا في حقّ من لم يتعيّن لعمل من أعمال المسلمين ، فأمّا من تعيّن لذلك كالقضاة والولاة فعليه=

(١١٠) والإهداء قبل الاستقراض وبعد الاستقراض بشرط وبغير شـرط فهو على التفصيل الذي ذكرنا.

(١١١) وإن أهدي إليه بمقدار ما كان يهدى إليه قبل القضاء يـأخذ ، وإن زاد يرد الزيادة لأنه كان بسبب حشمة القضاء.

=التحرز عن قبول الهدية ، خصوصا ممن كان لا يهدي إليه قبل ذلك لأنه من جوالب القضاء وهو نوع من الرشوة والسحت ، والأصل فيه ما روي أن النبي ﷺ استـعمل ابن اللتبية على الصدقات فجاء بمال فقال هذا لكم وهذا مما أهدي إلي فقـال ﷺ في خطبته: ما بال قوم نستعملهم فيقدمون بمال ويقولون هذا لكم وهذا مما أهـدي إلي ، فهلا جلس أحدكم عند حمش أمه فينظر أيهدى إليه أم لا ، واستعمل عمر رضـي الله عنه أبا هريرة رضي الله عنه فقدم بمال فقال: من أين لك هذا ، قال تناتجت الخيـول وتلاحقت الهدايا، قال أي عدو الله هلا قعدت في بيتك فتنظر أيـهدى إليـك أم لا؟ فأخذ ذلك منه، وجعله في بيت المال ، فعرفنا أن قبول الهدية من الرشوة إذا كان بهـذه الصفة ومن جملة الأكل بالقضاء ، ومما يدخل به عليه التهمة ويطمع فيه الناس فليتحرز من ذلك إلا من ذي رحم محرم منه ، فقد كان التهادي بينهم قبل ذلك عادة، ولأنـه من جوالب القرابة ، وهو مندوب إلى صلة الرحم ، وفي الرد معنى قطيعة الرحم مـن الملاعن وأما في حق الأجانب قبول القاضي الهدية من جملة ما يقال "إذا دخلت الهديـة من الباب خرجت الأمانة من الكوة" (المبسوط ٨٢/١٦).

والحاصل فيه أنه إذا كان بينهما مهاداة قبل القضاء بسبب صداقة أو قرابة فأهدى إليـه مثل ما يهدى قبل ذلك ثم المهدي إليه قام لإصلاح أمره فهذا أمر حسن ومحمود لأنـه مقابلة الكرم بالكرم والإحسان بالإحسان، انظر الفتاوى الهنديـة ٣٣٢/٣ ، بدائـع الصنائع ٤٠٩٥/٦.

(١١٢) وقد ذكر محمّد رحمه الله في السير الكبير[١].

إنّ ملكاً من أهل الحرب أهدى إلى أمير العسكر لا يختصّ به لأنّه إنّما يهدي إليه لتعزّزه بالجيش ، ولو أهدى إلى مبارز يختصّ به لأنّ قوّته وعزّته بذاته ، فكذا إذا أهدى إلى عالم يقبل ، ولو أهدى إلى القاضي ينبغي أن لا يقبل لما قلنا.

[آداب القاضي]

(١١٣) ولا ينبغي للقاضي أن يجلس للقضاء إلاّ وهو مقبل على الحجج مفرّغ نفسه لذلك ، لأنّه مأمور بالقضاء بحقّ ، وإدراك الصواب وجهة الحقّ إنّما يظهر له إذا اجتهد في حال فراغ البال، واعتدال الأحوال ، والإقبال على الحجج إنّما يمكنه إذا لم يكن له همّ أو نعاس أو غضب[٢] ، فإذا دخل فيه

١- نصّه: وإذا بعث ملك العدو إلى أمير الجند بهدية فلا باس أن يقبلها ويصير فيئاً للمسلمين ، لأنّه ما أهدى إليه بعينه بل لِمَنَعَته ومنعته للمسلمين ، فكان هذا بمنزلة المال المصاب بقوّة المسلمين ، وإن كان أهدى إلى بعض المبارزين أو إلى رجل من عرض العسكر فذلك له خاصّة. انظر السير الكبير ، باب هدية أهل الحرب ٢٣٧/٤ إلى ٢٤٥.

٢- انظر: شرح أدب القاضي للخصّاف وفيه: ولا ينبغي للقاضي أن يجلس للقضاء وهو غضبان لأنّ النبي ﷺ: نهى أن يقضي القاضي وهو غضبان، رواه مسلم ١٥/٢ بشرح النووي وأبو داود في الأقضية رقم الحديث ٣٤٠/١ فقرة رقم ٢١٠ ، ٣٥٨٩ - ٣٠٢/٣ ، وفي الهندية: ويكره أن يقضي بين الناس وهو غضبان ، كذلك إذا دخله=

شيء من هذه الأشياء كفّ عن القضاء حتّى يزول ما دخل عليه ، لأنّ الهمّ إذا غلب القلب شغله ، والنعاس إذا غلب عليه لا يفهم بعض ما يذكر عنده ، والغضب يقطع الرأي ويكلّ الفهم.

(١١٤) قال صاحب الأقضية: الغضب على أنواع ، نوع يظهر منه أثره في الوجه فيحمرّ وجهه أو يصفرّ وعند ذلك يجوز له أن يقضى إذا كان وجه القضاء بيّناً ، ونوع يظهر أثره في اللّسان فلا يمكنه أن يتكلّم ، ونوع منه يظهر أثره في القلب فلا يستقرّ قلبه على شيء ، ونوع منه يظهر أثره في جميع البدن فلا يمكنه الصبر في مكان بل يسكن ساعة ويقوم أخرى وينتقل من مكان إلى مكان ، فلا يقضي مع هذه الأنواع كلّها سواء كان وجه القضاء بيّناً أو لم يكن.

إمّا لأنّ المرء إذا غضب ينتقم عادة ممّن يتقدّم إليه ، فربّما ينتقم القاضي من أحد الخصمين فيكون ظلماً منه ، وإمّا لأنّه يتفرّق رأيه بسبب الغضب فيشتبه عليه جهة الصواب.

(١١٥) وذكر صاحب الأقضية ، إذا أراد القاضي أن يقعد عنده طائفة من أهل الفقه قعدوا إليه ، لأنّ ربما يحتاج إلى من ينبّهه ويرشده الصواب ، ولأنّه أنفى للتهمة وأبلغ في معنى الهيبة والحشمة لمجلس القضاء.

=نعاس...... فإن عرض له همّ أو غضب أو نعاس كفّ حتّى يذهب ذلك عنه ٣٢٨/٣ باب أفعال القاضي وصفاته والبحر الرائق ٢٧٨/٦ - ٢٧٩ ، تبصرة الحكّام ٢٧/١ ، معين الحكّام /١٩.

ولكن ينبغي أن لا يشاورهم حيث يعلم الخصوم ما يجرى بينهم لأنّ الجاهل إذا رأى أنّ القاضي يشاور غيره ويسأل عنه يستخفّ به ولأنّهم إذا عرفوا ما يجري بينهم اشتغلوا بالتلبيس وتصوير الباطل.

وإن دخله من جلوسهم الحياء، أو كان ذلك يشغله عن شيء من أمور المسلمين بأن كانوا يناظرونه في كلّ حادثة حتّى يطول فيمنعه عن القضاء بجلس وحده، ولكنّ هذا إذا كان القاضي موصوفاً بالفقه والعدالة، وبالفقه يؤمن عن الغلط وبالعدالة يؤمن عن الجور.

(١١٦) وينبغي للقاضي أن يجلس لفصل الخصومات طرفي النهار لأنّ اعتدال حال المرء يكون في طرفي النهار عادة[١].

(١١٧) وينبغي أن لا يتكر به قبل طلوع الشمس فقد ورد إنكاره عن شريح رضي الله عنه[٢].

(١١٨) وينبغي أن لا يتعب نفسه في طول المجلس إن خاف أن يضرّ ذلك بمنظره في الحجج والخصوم، لأنّ الملالة تضعف النّظر وتزيل اعتدال الحال، وعند التعب ربّما لا يفهم كلام بعض الخصوم وربّما يضجر على بعض الخصوم.

١- انظر: المبسوط ٨٠/١٦.

٢- انظر: المصدر السابق ٨٠/١٦ وقال ابن فرحون المالكي: عن أشهب عن مالك رحمه الله أنّه قال: ينبغي للقاضي أن يكون جلوسه في ساعات من النهار لأنّي أخاف أن يكثر فيخطئ، تبصرة الحكّام ٢٨/١.

(١١٩) وينبغي أن لا يخيف[1] الناس ويمنعهم عن إظهار الحقّ.

(١٢٠) وينبغي أن لا يخلو في منـــزله بأحد الخصمين دون الآخر لأنّه يجرّ به تهمة الميل.

(١٢١) "ولا يساره" لأنّه ربّما يتّهمه الآخر بأنه يلقّنه ويعلمه حجّته.

(١٢٢) ولا يومي إلى أحدهما بشيء لأنّ الإيماء خيانة الأعين.

(١٢٣) ولا ينظر إلى أحدهما نظر شزر ولا نظر هيبة.

(١٢٤) ولا يرفع صوته على أحدهما ما لا يرفع على الآخر.

(١٢٥) ولا يطلق بوجهه إلى أحدهما في شيء من المنطق ما لايقـــول للآخر.

(١٢٦) فالحاصل أنّ التسوية بين الخصمين واجب ، وفي وسعه التســوية في هذه الأشياء فلا يعذر في تركه لأنه مأمور بالتسوية بين الخصمين على مـــا روي عن عمر رضي الله عنه أنّه كتب إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنـــه وأورده محمّد بن الحسن رحمه الله في كتاب أدب القاضي في المبسوط وبدأ بـــه الكتاب ، وأورده الخصّاف أيضاً ، واختلف بعض الألفاظ ولكنّ المعاني غـــير

١- في نسخة "أ" و "ب" فيحيف بالحاء المهملة أمّا في نسخة "ج" فيمكن أن تقرأ :يخيـــف" بالخاء المعجمة من الإخافة ، و"الحيف" هو الظّلم ، وهو سبب الخوف فالمراد أنّ القاضي لا ينبغي أن يظهر ما يخيف الخصم ويمنعه عن إظهار الحقّ.

متفاوتة ، ويسمّى هذا كتاب سياسة[1] القضاء فقال (آس بين الناس) يروى بروايتين بالمدّ وهو من المواساة يعني اعمل بين الناس بالرفق والمجاملة ، ويروى

١- نصّ كتاب سياسة القضاء هكذا: بسم الله الرّحمن الرّحيم ، من عبدالله عمر أمير المؤمنين إلى عبد الله بن قيس (يعني أبا موسى الأشعري) سلام عليك أمّا بعد!

فإنّ القضاء فريضة محكمة وسنّة متّبعة ، فافهم إذا أدلي إليك فإنّه لا ينفع تكلّم بحقّ لا نفاذ له ، آس بين الناس في مجلسك ووجهك حتّى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييئس ضعيف من عدلك ولا يخاف ضعيف جورك ، البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر والصّلح جائز بين الناس (وفي بعض الرّوايات المسلمين) إلاّ صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً ، ولا يمنعنّك قضاء قضيته بالأمس فراجعت فيه نفسك وهديت لرُشدك أن ترجع إلى الحقّ فإنّ الحقّ قديم لا يبطله شيء ، واعلم أنّ مراجعة الحقّ خير من التمادي في الباطل، الفهم فيما يتلجلج في صدرك ممّا ليس فيه قرآن ولا سنّة ، واعرف الأشياء والأمثال ثمّ قس الأمور بعد ذلك ثمّ اعمد لأحبّها وأقربها إلى الله وأشبهها بالحقّ فيما ترى ، اجعل لمن ادّعى حقّاً غائباً أمداً ينتهي إليه فإن أحضر بينة أخذ بحقّه وإلا استحللت عليه القضاء فإنّ ذلك أبلغ في العذر وأجلى للعمى.

والمسلمون عدول بعضهم على بعض في الشهادة إلاّ مجلوداً في حدّ أو مجرّباً عليه شهادة الزور أو ظنيناً في ولاء أو قرابة.

إنّ الله تولّى منكم السرائر ودرأ عنكم بالبيّنات وستر عليهم الحدود إلاّ بالبيّنات والأيمان.

وإيّاك والغضب والقلق والزجر والتأذّي بالخصوم في مواطن الحقّ التي يوجب الله به الأجر ويحسن الذخر فإنّه لمن صلحت سريرته فيما بينه وبين الله ولو على نفسه أصلح الله ما بينه وبين الناس ، ومن تزيّن للدنيا بغير ما يعلم الله منه شانه الله عزّ وجلّ فإنّه سبحانه وتعالى لا يقبل من العبادة إلاّ ما كان خالصاً، فما ظنك بثواب غير الله عزّ وجلّ في عاجل رزقه وخزائن رحمته ، والسلام عليكم.

هذه وثيقة عظيمة من وثائق القضاء الإسلامي التي نقلها و أوردها كثير من المحدّثين والفقهاء في بطون كتبهم باختلاف يسير في الألفاظ.

بتشديد السين وهو مبالغة في الأسوة والإصلاح ويقال معناه سو بينها في النظر والمجلس والحكم - ثم قال: "في وجهك" وأراد به التسوية بينهما في التسوية.

(١٢٧) ولهذا ينبغي للقاضي أن يجلسهما بين يديه لأنه لو أجلسهما من جانب كان أحدهما أقرب إلى القاضي.

ولو أجلس القاضي أحدهما من جانب والآخر من جانب فقد فضل صاحب اليمين لأن لليمين فضلا على اليسار ، ألا ترى أن يمين رسول الله ﷺ لأبي بكر رضي الله عنه[1] ويساره لعمر ، وكان ذلك لفضل أبي بكر على عمر فعرفنا أنّ التسوية إنّما تتحقّق في الجلوس بين يديه.

(١٢٨) وينبغي لهما أن يجثوا بين يديه ، وإن تربّعا منعهما القاضي أو أعوانه وأمرهما بالجُثُوّ تعظيماً للحكم.

(١٢٩) وقد ذكر صاحب الذخيرة: رجل خاصم السلطان إلى القاضي فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه والخصم على الأرض ينبغي للقاضي أن يقوم

=أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٨٢/١٠ ، وفي معرفة السنن والآثار ٣٦٦/٧ ، للدار قطني في سننه ٥١٢/٢ ، حميد الله في كتابه المعروف وكذلك نقله دكتور بمجموعة الوثائق السياسية في العهد النبوي والخلافة الراشدة /٢٤٠ - ٢٤٣ ، أعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٨٥/١-١٨٣،/٢ المبسوط للسرخسي ٥٩/١٦-٦٥ ، بدائع الصنائع ٧/ ، مقدمة ابن خلدو الفصل الثالث من الكتاب الأول والفصل الحادي والثلاثون) ، الكامل للمبرد /٩ ، جمهرة رسائل العرب لأحمد ذكي صفوت /١.

١- انظر: الفتاوى الهندية٣١٩/٣.

من مكانه ويُجلس فيه خصم السلطان ويقعُد هو على الأرض ثمّ يقضي بينهما كيلا يكون مفضّلاً أحد الخصمين على الآخر[1].

(١٣٠) وذكر في العيون[2] ينبغي للقاضي أن يتّخذ قيّماً يقوم على رأسه عند الخصومة ممّن يثق به ، يمنع الناس عن قول لا حاجة لهم فيه ، لأنّ في ذلك صيانة مجلس القضاء[3].

١- انظر: الفتاوى الهندية ٣١٩/٣.

٢- العيون: عيون المسائل في فروع الحنفية لأبي الليث نصر بن محمّد السمرقندي المتوفى سنة ٣٧٦ هـ، كتاب معروف في الفقه وأخذ منه الإمام برهان الدين بن أبي بكر المرغيناني في كتابه المعروف "التجنيس والمزيد" وأشار إليه بحرف "ع" وأيضاً عيون المسائل لأبي القاسم عبد الله بن أحمد البلخي وهو في تسع مجلّدات المتوفى سنة ٣١٩ هـ. كشف الظنون ١١٨٧/٢. والنسخة المطبوعة من عيون المسائل فيها "ولا ينبغي للقاضي أن يتخذ رجلا قيما على رأسه عند الخصومة ويثق به ، فإن تطاول أحد الخصمين أو أصبح بما ليست له الحجة أمر به فأقامه".

والظاهر أن هذا خطأ والصحيح ما حكاه المصنف رحمه الله أي ينبغي للقاضي اتخاذ القيم ممن يثق به والأمر بالإقامة الذي ذكر في النسخة المطبوعة هو أيضاً دليل على أن "لا" خطأ في النسخة المطبوعة.

عيون المسائل في فروع الحنفية للفقيه أبي الليث السمرقندي المتوفى سنة ٣٧٣ هـ أو ٣٧٥ هـ أو ٣٧٦ هـ (على اختلاف الروايات) والحمد لله الذي وفّق السيد محمد مهنّى لإخراج هذا الكنز المخفي من المخطوطة المحفوظة في مكتبة المتحف العراقي ببغداد تحت رقم ٢٤٩٠ فقه رقم الفيلم ٢٤ وتاريخ نسخها سنة ٥٨٨هـ وناسخها أمين بن محمد بن مسلم بن بابتكين الموقاني في شهر رجب سنة ثمان وثمانين وخمس مائة وطبعها ونشرها دار الكتب العلمية بيروت لبنان والطبعة الأولى سنة ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م ووصل إليّ بالإهداء من الأخ محمد رحمة الله الندوي المقيم بالدوحة قطر ، جزاه الله خيراً.

٣- وكذا في الفتاوى الهندية ٣٢١/٣ ، الباب السابع في جلوس القاضي.

[تعزير الخصمين]

(١٣١) والخصمان إذا تشاتما في مجلسه بين يديه و لم ينتهيا بالنـــهي إن حبسهما وعزّرهما عقوبة فحسن صيانة لماء مجلس القضـــاء وإن فعـــل ذلـــك أحدهما بصاحبه عاقبه إذا طلب صاحبه.

(١٣٢) وذكر في الواقعات: رجلان وقعت بينهما خصومة وهما مـــن عُرُض الناس فذهب أحدهما وأخذ خطوط الفقهاء فذهب إلى خصمه فقـــال خصمه ليس كما أفتوا أو قال لا يعمل بهذا يعزّره القاضي لأنّه باشر المنكر.

(١٣٣) وذكر في النوازل[1] عبد أساء الأدب فللمولى أن يعزّره كمـــا للقاضي أن يعزّر أحد الخصمين عند التشاتم.

(١٣٤) وذكر في بيوع المبسوط يطلب البيع من مولاه وهو مقرّ أنّه يحســـن صحبته يعزّره المولى لأنّه متعنت.

(١٣٥) فينبغي للقاضي أن يعزّر لكلّ متعنت وسنذكر جنس هذه المسائل في موضعها إن شاء الله تعالى.

[اتخاذ الترجمان]

(١٣٦) وذكر في الأقضية[2] أنّ القاضي إذا لم يفهم لسان الخصم

١- النوازل: كتاب في الفتاوى والواقعات للفقيه أبي الليث السمرقندي.

٢- انظر: المبسوط: فيه إذا اختصم إلى القاضي قوم يتكلّمون بغير العربية وهـــو لا يفقـــه لسانهم فإنّه ينبغي له أن يترجم عنهم رجل مسلم ثقة ، واتخاذ الترجمان للحاجة قـــد كان عليه الناس في الجاهلية وبعد الإسلام ولمّا جاء سلمان رضي الله عنه إلى النبي ﷺ يسلم ترجم يهودي كلامه لرسول الله ﷺ فخان في ذلك فنـــزل الوحي (حديـــث=

يترجم له عنه رجل مسلم ثقة أو امرأة عدلة[1] حرة[2] مسلمة ثمّ لا خلاف في اشتراط العدالة والإسلام[3] لأنّ الخبر المحتمل للصدق والكذب إنّما يترجّح جهة الصدق فيه بالعدالة ، وشرط الإسلام لأنّ معاداة الكفرة إيّانا يحرّضهم على الخيانة.

(١٣٧) والواحد يكفي والاثنان أحوط عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، قال[4] الصدر الإمام أستاذ الأئمّة ظهير الدين رحمه الله: اثنان

-فيه طول) وأمر رسول الله ﷺ زيد بن ثابت رضي الله عنه أن يتعلّم العبرانية وكان يترجم لرسول الله عمّن كان يتكلّم بين يديه بتلك اللغة. المبسوط ٨٩/١٦.

١- في نسخة "ب وج" حرة.

٢- في نسخة "ب" ثقة.

٣- ثمّ لا خلاف في أنّه يشترط في المترجم أن يكون عدلاً مسلماً لأنّ نفس الخبر محتمل للصّدق والكذب فإنّما يترجّح جانب الصدق بالعدالة فلهذا لا يقبل الترجمة إلاّ من مسلم عدل ، المبسوط ٨٩/١٦.

وقد اشترط الإمام محمّد والإمام الشافعي والإمام أحمد بن حنبل في رواية العدلين لقبول الترجمة لأنّ الترجمة عندهم مثل الشهادة ، وأمّا الإمام أبو حنيفة والإمام أبو يوسف والإمام محمّد في قول يعتبرونها من باب الخبر فلم يشترطوا العدد فيكفي عدل مسلم فقط.

وقال ابن قدامة في المغني: فلهذا لا يقبل القاضي الترجمة إلاّ من مسلم عدل والواحد لذلك يكفي والمثنى أحوط في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمّد: يشترط في المترجم لكلام الخصم أو لشهود الشاهدين ما يشترط للشهادة في العدد. ، المغني ١٠٠/٩ ، المبسوط ٨٩/١٦.

٤- قال صاحب الخلاصة: وفي الأقضية العدد في المترجم والمزكي ورسول القاضي إلى المزكي ليس بشرط ، الواحد يكفي والمثنى أحوط ، وقال محمّد: لابدّ من رجلين أو رجل وامرأتين ، خلاصة الفتاوى ١٣/٤.

أحب إليّ وأوثق ، وقال محمّد رحمه الله يشترط العدد فيه كما في الشهادة بل بالطريق الأولى لأنّ هذا خبر ملزم على القاضي واشتراطه في الشهادة لطمأنينة القلب فالحاجة ههنا أمسّ فيكون الاشتراط ههنا أولى ، وهما قالا: هذا من باب الخبر فيكتفي بقول الواحد كما في رواية الأخبار بنجاسة الماء ، وفي اشتراط الحريّة روايتان فعلى الرواية التي شرطت الحريّة لا ، لأنّه شهادة ولكن لما فيه من معنى الإلزام والرقّ ينافي الولاية وإلزام[1] على الغير ابتداء بخلاف رواية الأخبار وأشباهه لأنّه يلتزم بنفسه ثمّ يتعدّى إلى غيره لا أن يلزم الغير ابتداء ، فلا يقبل ترجمة أحد من أهل الكفر ولا مكاتب ولا عبد لما ذكرنا[2].

١- في نسخة "ب" إلزام حكم قوله على الغير ، وفي "ج" إلزام حكم قوله على الغير ابتداءً.

٢- وقال محمّد رحمه الله: يشترط في المترجم لكلام الخصم أو لشهود الشاهدين ما يشترط في الشهادة من العدد وذلك رجلان أو رجل وامرأتان وكذلك الخلاف في التزكية عندهما ، تزكية الواحد تكفي والمثنى أحوط ...... وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله قالا المترجم مخبر غير ملزم وخبر الواحد مقبول بشرط العدالة والإسلام وإن كان ملزماً كما في رواية الأخبار وكما في شهادة على رؤية الهلال في رمضان...... واشتراط الحرية لأنّه يلزم الغير ابتداءً من غير أن يلتزم شيئاً فكان من باب الولاية ، والرقّ تبقى الولاية على الغير بخلاف رواية الأخبار والشهادة على هلال رمضان فإنّه يلتزم ذلك بنفسه ثمّ يتعدّى إلى غيره فلا تشترط الحريّة فيه لذلك ، ومع أنّ الواحد يكفي لذلك كما في رواية الأخبار ولكنّ رجل وامرأتان أوثق لأنّ في الاحتياط أقرب، انظر: المبسوط ١٦/٨٩-٩٠.

[إفتاء القاضي]

(١٣٨) ولا ينبغي للقاضي أن يفتي في مجلس القضاء لأنّه يمنعه عن الاشتغال بالقضاء ، وقال بعض العلماء يجوز للقاضي أن يفتي في العبادات ولا يفتي في المعاملات أصلاً[١] ، قال الصدر الشهيد الإمام أستاذ الأئمّة ظهير الدين: الصحيح أنّه لا بأس بأن يفتي في مجلس القضاء وغيره في العبادات والمعاملات وإنّما يكره أن يفتي للخصم.

وذكر القاضي الإمام سيف السنّة أبو علي النسفي رحمه الله في كتابه عن محمّد عن أبي حنيفة رحمهما الله أنّه قال: "إذا نال الرجل القضاء لم يفت جماعة الناس ، وأفتى أصحابه الذين يطلبون الفقه ، وكان أبو يوسف رحمه الله يفتي أصحابه ولا يجيب غيرهم في المسائل، وكان يقول لأصحابه لو لا تعينونني على أمري ما أفتيتكم ، وكان يستعين بهم.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله في رجلين تقدّما إلى القاضي[٢] ففطن أنّهما تقدّما إليه ليعلما ما يقضي لهما في ذلك قال: إذا علم

١- قال السرخسي في المبسوط: والأصحّ أنّه لا بأس بأن يفتي في المعاملات والعبادات في مجلس القضاء وفي غير مجلس القضاء فقد كان رسول الله ﷺ يفتي ويقضي والخلفاء رضي الله عنهم بعده كذلك والقضاء فتوى في الحقيقة، إلاّ أنّه ملزم وإنّما الذي يكره له أن يفتي للخصم فيما خاصم فيه إليه لما قيل إن الخصم إذا وقف على رأيه ربما اشتغل بالتلبيس للتحرّز عن ذلك فلا يفتي له في ذلك حتّى تنقضي الخصومة، المبسوط ٨٦/١٦ ، الفتاوى الهندية ٣/٣٢٧-٣٢٨.

٢- انظر: الفتاوى الهندية ٣/٣٢٨ وفيه.

ذلك أقامهما لأنّه نُصب لفصل الخصومات لا لتلقين الخصوم وتعليمهم المخارج.

[استماع القاضي الحجج]

(١٣٩) ولا ينبغي للقاضي أن يسمع من الرجل حجتين أو أكثر من ذلك في مجلس واحد لأنّه مأمور بالتسوية بين الناس إلا أن يكون الناس قليلاً ، وكان يفرغ من حوائجهم قبل أن يقوم ، لأنّه لا ضرر فيه على أحد.

[تقديم الأسبق فالأسبق]

(١٤٠) وينبغي للقاضي أن يقدّم الأسبق فالأسبق ، ولا يقدّم أحداً جاء غيرُه قبله لفضل سلطانه ومنزلته لأنّ نظر القاضي لهم بسبب الدين ، فالسلطان وغيره في ذلك سواء.

[التأخير في القضاء طمعاً في الصلح بين الخصمين]

(١٤١) وذكر في الفتاوى الكبرى ، ينبغي للقاضي أن لايستعجل في قطع الخصومة ويدافعهم قليلاً لعلّهم يصطلحون.

=وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله في رجلين تقدّما إلى القاضي في أمر وظنّ القاضي مكان "ففطن".

وذكر في العيون إذا اختصم إلى القاضي إخوة أو بنو الأعمام فينبغي أن يدافعهم قليلاً ، ولا يعجّل بالقضاء بينهم لأنّ القضاء وإن وقع بحقّ فربّما يقع سبباً للعداوة بينهم[١].

قال الصدر الشهيد الكبير رحمه الله: هذا شيء لا يختصّ بالأقارب بل ينبغي أن يفعل ذلك إذا وقعت الخصومة بين الأجانب ، لأنّ ثمرة القضاء تورث الضغينة[٢] .

وذكر الصدر الإمام أستاذ الأئمّة ظهير الدين رحمه الله: إذا طمع القاضي في إصلاح الخصومة بأن يردّهم ولا ينفّذ الحكم بينهم فعل لما روي عن عمر رضي الله عنه أنّه قال: "ردّوا الخصوم كي يصطلحوا فإنّ فصل القضاء يورث الضغائن" وقال أبو يوسف رحمه الله: لستُ أرى أن يردّهم أكثر من مرّة أو مرّتين إن طمع في الصلح بينهم لأنّ فيما زاد عليه إضرار بالمستحقّ وإن أنفذ قبل أن يردّهم فهو في سعة من ذلك[٣].

[تفسير وجه القضاء وبيان أسبابه]

(١٤٢) وينبغي للقاضي أن يعتذر إلى كلّ من يخاف أن يقع في نفسه منه شيء في مجلسه وأن يفسّر للخصم ويبيّن له وجه القضاء حتّى يعلم أنّه قد

١- وينبغي للقاضي إذا اختصم إليه الإخوة أو بنو العمّ أن لا يعجل بفصل القضاء بينهم ويدافعهم قليلاً لعلّهم يصطلحون ، الفتاوى الهندية ٣٢٩/٣.

٢- انظر: الفتاوى الهندية ٣٢٩/٣.

٣- انظر: بدائع الصنائع ١٣/٤.

فهم حجّته وقضى عليه بعد فهمه لأنه ربما يتّهمه بالغفلة وقلّة المبالاة وسوء الفطنة.

[أعوان القاضي]

(١٤٣) وينبغي أن يتّخذ كاتباً ورعاً مسلماً عفيفاً مصلحاً فقيهاً لا فاسقاً ولا عبداً ولا مكاتباً ولا محدوداً في القذف.

شرط هذه الأشياء لأنّ الكتابة من جنس القضاء فيشترط في الكاتب ما يشترط في القاضي ولأنه نائب القاضي فلا يصلح لها إلاّ من يصلح للقضاء.

(١٤٤) وينبغي للقاضي أن يُقعد الكاتب حيث يرى ما يكتب وما يصنع حتّى يؤمن عن الزيادة والنقصان ولا يخدع بالرشوة.

(١٤٥) وينبغي أن يتّخذ أعواناً وقوّاماً يقومون بين يديه لأنه لو لم يتّخذ الأعوان ربّما يستخفّ به فيذهب مهابته ، ولهذا لا ينبغي للقاضي أن يمشي في السوق وحده ، ولا يفعل شيئاً يذهب بذلك مهابته ، ولأنّ القاضي يحتاج إلى إحضار الخصوم ، فإنّهم لا يحضرون بأنفسهم فيتّخذ أعواناً ليحضروا الخصوم مجلس القضاء ، وينبغي أن يأمر الأعوان والقوّام أن لا يجترءوا على الناس ، ولا يشتدّوا عليهم، ويأمرهم بالرفق والمداراة واللين في القول وترك أخذ الرشوة لأنهم نائبون عن القاضي فيلزمهم مايلزم القاضي من التمسّك بهذه الخصال الحميدة.

(١٤٦) وذكر الصدر الشهيد رحمه الله أن داود بن الرشيد[1] قال رأيت على رأس شريح شرطيا وبيده سوط يمنع الناس من إساءة الأدب. وأراد بالشرطي صاحب المجلس[2] ، وبه نقول ينبغي أن يقوم على رأسه الجلواز[3] ، والجلواز من يمنع الناس من إساءة الأدب والتقدم إلى القاضي ، وعن عبد الله[4]

١- داود بن الرشيد الخوارزمي ، من أصحاب محمد بن الحسن وحفص بن غياث، سكن بغداد ، وروى عنه مسلم وأبو داود وابن ماجه والنسائي وله النوادر ، مات سنة ثلاثين ومائتين ، ذكره في الجواهر المضيئة وأيضا ذكره ابن حجر في الهدى الساري مقدمة فتح الباري و صفه بأحد الثقات وقال: وثقه ابن معين وغيره (الفوائد البهية/٧٢-٧٣).

٢- وأراد بالشرطي صاحب المجلس والعريف والجلواز ، والجلوزة هي المنع والمراد منه من يمنع الناس عن إساءة الأدب ، شرح أدب القاضي ٧٩/٢ ، الباب الثامن عشر.

٣- الجلواز بالكسر: الشرطي وجمعه جلاوزة ، القاموس مادة جلز ١٧٥/١.

٤- عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما: الصحأبي الزاهد أمه زينب بنت مظعون أسلم مع أبيه قبل بلوغه وهاجر قبل أبيه ، شهد الخندق ، وما بعدها من المشاهد مع رسول الله ﷺ كان شديد الاتباع في آثار رسول الله ﷺ روى كثيرا من الأحاديث وهو أحد العبادلة الأربعة وأحد الستة الذين هم أكثر الصحابة رواية ، توفي بمكة سنة ٧٣ هـ ، أنظر المعرفة والتاريخ ٢٤٩/١، الإصابة ٣٣٨/٢.

بن عمر رضي الله عنهما أنّه كان إذا سافر استصحب رجلاً به سوء الأدب ، فقيل له في ذلك فقال أما علمت أنّ الشر بالشر يُدفع[1].

(١٤٧) ولا ينبغي[2] للّذي يقوم بين يدي القاضي أن يسارّ أحداً من الخصوم في مجلس القضاء ، لأنّه يجرّ به تهمة الميل إلى القاضي.

(١٤٨) وإذا جلس الخصمان بين يدي القاضي إن كان القائم بين يديه ممّن يثق به ويكون مأموناً تركه حتّى يسمع كلامهما ، وإن لم يكن مأموناً يأمره بأن يسير إلى ناحية حتّى لا يعرف ما يدور بينهم لأنّه ربّما يلقّن أحدهما أو يعلّمه[3].

١- انظر: شرح أدب القاضي ٢/٧٩ ، ذكر الصدر الشهيد في الباب الثامن عشر في القاضي يقوم على رأسه الجلواز ، ذكر عن أمّ داود الوابشية و لم يذكر داود بن الرشيد وحديث أم داود الوابشية رواه وكيع عن عبيد الله بن أحمد بن حنبل وقال فيه: حدثني أم داود الوابشية.

انظر: أخبار القضاة ٢/٣٢.

وأمّا ما ذكره المصنّف عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه فقال الصدر الشهيد: وروي في الآثار عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه كان إذا سافر استصحب رجلاً به سوء الأدب ، (شرح أدب القاضي ٢/١٩ ، فقرة ٣٢٤).

وأمّا قوله: "إن الشرّ بالشرّ يدفع" مثل من الأمثال.

انظر: أمثال أبي عبيد /٢- وادفع الشرّ بمثله /٤.

٢- انظر: شرح أدب القاضي ٢/٧٩.

٣- انظر: كتاب شرح أدب القاضي ٢/٨٣ فقرة ٣٢٨.

[نظر القاضي في الدعاوى]

(١٤٩) وعن عمرو بن قيس أنّه قال: رأيت رجلاً يقوم على رأس شريح رضي الله عنه فإذا تقدّم عليه الخصمان قال: أيّكما المدّعي فليتكلّم[١].

والناس في هذا كانوا يختلفون ، قال بعضهم: ينبغي للقاضي أن يسكت حتّى يدّعي المدّعي ولا يسأل عن دعواه ، وقال الخصّاف رحمه الله ينبغي أن يسأل لأنّ مجلس القضاء مجلس هيبة ، فمن لم ير مثل هذا المجلس يتحيّر[٢] ، فيسأله حتّى يقدر على الدعوى ، وروي عن محمّد رحمه الله أنّ القاضي بالخيار إن شاء بدأ وسأل كما هو رأي الخصّاف، وإن شاء سكت[٣] ونظر إليه[٤].

(١٥٠) وإذا ادّعى يأخذ القاضي أو كاتبه بياضاً فيكتب الدعوى في تلك الرقعة بلفظه ، لا يزيد عليه ولا ينقص ، ولا يحوّله إلى اللسان العربى إلاّ إذا أمكنه أن يحوّله من غير زيادة ولا نقصان ، ومن غير أن يأتي بكلمة مبهمة مشتركة يؤدّي إلى الاشتباه ، وأثبت التاريخ.

١- انظر: أخبار القضاة ٢/٣٠٧.

قول عمرو بن قيس رواه وكيع: قال ثنا عبد الله بن أحمد بن حنبل قال نا خالد الواسطي عن عمرو بن قيس قال: رأيت رجلاً كان يقوم على رأس شريح...... إلخ.

٢- انظر: كتاب شرح أدب القاضي ١/٣١٨.

٣- انظر: المصدر السابق ١/٣١٨.

٤- في المخطوطة بياض: لكنّ أضفنا من كتاب شرح أدب القاضي "ونظر إليه".

(١٥١) ثمّ ينظر القاضي فيه أهو صحيح أم فاسد ، فإن كان فاسداً لا يسأله الجواب ، ولكن يقول للمدّعي: دعواك باطل فاذهب وصحّح دعواك ، وهذا يكون فتوى من القاضي و إن كان صحيحاً فعلى قول أولئك المشايخ لا يسأل المدّعى عليه جوابه ، بل ينظر إليه حتّى يجيبه بنفسه ، وعلى رأي الخصّاف يسأله ويقول: ادّعى عليك كذا وكذا فماذا تقول؟ فإن أقرّ أو جحد يكتب إقراره وجحوده بلفظه ، لا يزيد عليه ولا ينقص في تلك الرقعة التي أثبت فيها دعوى المدّعي ، وهذا رسم رسمه الخصّاف رحمه الله[١].

(١٥٢) وقضاة ما رواء النهر رحمهم الله على رسم أحسن من هذا[٢] وهو: أنّ المدّعي متى أتى إلى باب القضاة يشاور بعض الوكلاء حتّى يشيره إلى كاتب المحاضر ، ثمّ الكاتب يكتب دعواه في رقعة واسمه واسم خصمه فإذا حضر الخصمان وتقدّما إلى القاضي دفع المدّعي الرقعة إلى صاحب المجلس ، حتّى يقرأ دعواه من تلك الرقعة ، حتّى لا يحتاج إلى كثير تردّد على باب القضاء ، فإن أقرّ أو جحد يأخذ القاضي ، أو كاتبه يكتب ذلك في تلك الرقعة التي قرأ صاحب المجلس بين يدى القاضي فإن جحد المدّعى عليه فعلى قول أولئك المشائخ لا يسأل المدّعي ، ألك بيّنة؟ وعلى رأي صاحب الكتاب يسأل وإذا كتب الدعوى والإنكار قرأ على المدّعي كذا أو كذا ادّعيت ، وقرأ على المدّعى عليه كذا وكذا قلت ، فإن قالا نعم أمسكه بعد ذلك وسنذكر تمام هذا الفصل في باب مراسم كتابة ديوان القضاء إن شاء الله تعالى.

١- انظر: شرح أدب القاضي للخصاف ٣١٨/١-٣١٩ - ٣٢٠-٣٢١.

٢- وللتفصيل في هذا المبحث "الفتاوى الهندية" ٣٢٤/٣.

الفصل الثالث

فيما يجوز للقاضي أن يختار قول بعض العلماء دون البعض ويترك قول من يشاور معه من الفقهاء إذا كان رأيه خلاف رأيه

(١٥٣) ذكر في الأقضية: أن أصحابنا رحمهم الله إذا اختلفوا في مسألة.

(أ) واجتمع اثنان منهم على قول وفيهما أبو حنيفة رحمه الله يأخذ بقولهما.

(ب) وإن كان أبو حنيفة في جانب وهما في جانب قال بعض المتأخّرين من مشايخنا رحمهم الله إن كان القاضي من أهل الاجتهاد يتخيّر في ذلك، وإن لم يكن من أهل الاجتهاد[1] يأخذ بقوله.

(ج) وقال عبد الله بن المبارك رحمه الله[2] ينبغي أن يأخذ بقول أبي حنيفة رحمه الله، لأنّه كان مقدّماً في الفقه وجميع العلوم، وكان في زمن التابعين

١- وفي جامع الفصولين: "وإن لم يكن من أهل الاجتهاد فيستفتي غيره فيه فيأخذ بقوله"، جامع الفصولين /١٦ وفي شرح أدب القاضي وإذا اجتمع اثنان منهم على شيء، وفيهما أبو حنيفة، يؤخذ بقولهما، وإن كان أبو حنيفة من جانب وهما من جانب، فإن كان القاضي من أهل الاجتهاد والنظر يتخيّر في ذلك، فإن لم يكن من أهل الاجتهاد والنظر يستفتي غيره فيأخذ بقوله بمنزلة العامي ١٩٢/١، شرح أدب القاضي للصدر الشهيد.

٢- عبد الله بن المبارك: هو عبد الله بن المبارك بن واضح الحنظلي التميمي مولاهم أبو عبد الرّحمن المروزي من تابعي التابعين، سمع سفيان ورواه عنه محمّد بن الحسن عرف بكثرة الزهد والتقوى والورع وكان محدّثاً جليلاً شديد التمحيص في رجال الحديث =

وزاحمهم في الفتوى ولقي طائفةً من كبار الصحابة وهذا اختيار أستاذي الصدر الشهيد رحمه الله.

(د) وذكر[1] الإمام قاضي القضاة فخر الدين المعروف بقاضي خان رحمة الله عليه إن كان اختلافهم اختلاف عصر وزمان كالقضاء بظاهر العدالة يأخذ بقول صاحبيه ، لتغير أحوال الناس ، وكذا في المزارعة والمعاملة يختار قولهما لإجماع المتأخرين على ذلك ، وفيما سوى ذلك قال بعضهم يتخيّر المجتهد ويعمل بما أفضى إليه رأيه.

(هـ) قال الصدر الإمام[2] أستاذ الأئمّة ظهير الدين رحمه الله: الصحيح عندي: أنّه إن كان من أهل الاجتهاد يعمل برأيه ، وله أن يأخذ بقول الواحد ويترك قول المثنى ، سواء كان في المثنى أبو حنيفة رحمه الله أو لم يكن ، وإن لم يكن من أهل الاجتهاد يأخذ بقول أبي حنيفة رحمه الله لأنّه ينتحل وينتمى إليه، فكان عنده أنّه أفقه من غيره فعليه متابعته.

=توفي رحمه الله بعد انصرافه من الغزو سنة ١٨١هـ ودفن ببلدة "هيت" وله كثير من المؤلّفات ، راجع تذكرة الحفّاظ ٢٧٤/١، تهذيب التهذيب ٣٨٣/٥ ، الجواهر المضيئة ٢٨١/١.

١- راجع معين الحكّام /٢٧ الركن الثاني من أركان القضاء وجامع الفصولين /١٦ ، الفتاوى الهندية ٣١٢/٣، وشرح أدب القاضي ١٩١/١-١٩٢ باب معرفة المذاهب حال الاتفاق والاختلاف.

٢- راجع جامع الفصولين: فقد ذكر هذا النصّ باختلاف يسير ، حيث قال:

فلو كان اختلافهم بحسب الزمان كالحكم بظاهر العدالة يأخذ بقول صاحبيه لتغيّر أحوال الناس ، وفي المزارعة والمعاملة يختار قولهما لإجماع المتأخرين على ذلك، وفيما عدا ذلك قيل يخير المجتهد ويعمل بما أدّى إليه اجتهاده، جامع الفصولين /١٥.

(١٥٤) وإن اشتبهت الحادثة عليه إن قضى برأيه من غير مشورة الفقهاء جاز ، وإن شاور غيره من الفقهاء فهو أفضل ، وليس عليه مشاورة غيره بعد ما شاور فقيهاً واحداً ، ولكنّ مشاورة الفقهاء أحوط ، فإن أشار ذلك الفقيه إلى خلاف رأيه لا يتابعه لأنّ عنده أنّه على الخطأ ، فإن قضى بقول ذلك الفقيه وترك رأي نفسه ينفذ قضاؤه عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعند أبي يوسف رحمه الله لا ينفذ ، ولا رواية عن محمّد رحمه الله في هذا ، وقال بعضهم الخلاف في أنّه هل يجوز له أن يأخذ بقول غيره ويترك رأي نفسه ، قال أبو حنيفة رحمه الله: له ذلك، وقالا: ليس له ذلك ، وقال القاضي الإمام سيف السنّة أبو علي النسفي رحمه الله عند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يأخذ وعند محمّد يأخذ.

من قال "له أن يأخذ" لأنّه[1] أُمِرَ بالمشاورة ، ولو كان له أن يخالف لم يكن للأمر بالمشاورة معنى ، ومن قال "لا يأخذ" قال: الأخذ برأي الغير اتباع هوى غيره ، وأنّه منهي عنه ، وقاس على المتحرّي في باب القبلة أنّه ليس له أن يتّبع رأي غيره ، وإن كان الخلاف في نفاذ القضاء فأبو يوسف رحمه الله يقول: اعتقد خطأ قضائه فوجب أن لا ينفذ لأنّ الصحّة والنفاذ يبتنى على زعمه ، وفي زعمه أنّه باطل كالمصلّي بالتحرّى إذا أمّ فصلاة من يعلم أنّ إمامه يصلّى إلى جهة أخرى لا يجوز، وكذا إذا أعرض عن الجهة التي أدّى إليها تحرّيه وصلّى إلى جهة أخرى ، وكذا المقتدي المتوضئ إذا أبصر الماء ولم يبصر الإمام المتيمّم ، وكذا إذا كان عليه فائتة قديمة[2] فافتتح الصلاة وعلم المقتدي ذلك ، وكذا إذا

١- في نسخة "فكان".

٢- في ب وج "حديثة".

أودع عند إنسان ونسي المودع ، ليس للمودع أن يضع زكوته فيه ، ولو دفع غيره إليه جاز ولأبي حنيفة أنّه قضى في موضع الاجتهاد فينفذ قضاؤه كما إذا قضى برأيه لأنّه لم يتيقّن بالخطأ في قضائه ، وصار كمن شكّ في ثوبين آيّهما نجس وتيقّن بنجاسة أحدهما، كان عليه التّحرّي فإن لم يتحرّ حتّى صلّى في أحدهما ، لم يكن له أن يصلّي في الثوب الآخر قبل الغسل ، فيكون كالتنصيص على الطهارة[1].

(١٥٥) وأمّا إذا اشتبهت عليه الحادثة فلا بدّ من السؤال ومشاورة الفقهاء ، لأنّه لما لم يعلم كان كالعامي في هذا ، فإن شاور فقيهاً واحداً كفى ، كالعامي إذا سأل فقيهاً واحداً فأفتاه كان له أن يكتفي بقوله.

(١٥٦) وذكر في كتاب الحدود: لا يسع للقاضي إذا أشكل عليه الحادثة أن لا يسأل من هو أفقه منه ، فإذا أشار إليه بالقضاء ورأيه غير ذلك ، والصواب عنده رأيه ، وقضى بقول ذلك العالم قال أستاذ الأئمّة رحمه الله: أرجو أن يكون في سعة من ذلك[2].

١- راجع: كتاب شرح أدب القاضي ١/١٩٥ إلى ١٩٨ ، الفتاوى الهندية ٣/٣١٣ ، معين الحكّام /٢٨.

٢- صورة هذه المسألة: أنّ القاضي إذا أشكل عليه الحادثة وهو ليس من أهل الرأي فعليه أن يستفتي ويأخذ بقول المفتي كما مضى ، ولم يختلف العلماء في هذه أمّا إذا كان من أهل الرأي والفقه وسأل فقيهاً آخر فأشار إليه بالقضاء ورأيه غير ذلك والصواب عنده رأيه.

فهل يقضي برأي نفسه أم برأي المفتي؟

وإذا قضى برأي المفتي نفذ قضاءه أم لا؟

=

(١٥٧) وإن اشتبهت عليه الحادثة فشاور الفقهاء واختلفوا فيما بينهم نظر إلى أحسن الأقاويل عنده ، إن كان حدث له رأي وإن لم يكن له رأي وبقيت الحادثة مختلفاً فيها ، كتب إلى فقهاء غير المصر الذي هو فيه رجاء إصابته لأنّها سنة قديمة في الحوادث الشرعيّة ، وإن لم يكن له رأي في ترجيح بعض الأقاويل ينبغي له أن يأخذ بقول من هو أفقه عنده ، وكان كالمتحرّي في باب القبلة إذا لم يكن له معرفة ، وإن كان له رأي أخذ بأحسن الأقاويل وأصوبها عنده ، وإن ترك رأيه وأخذ برأي غيره فهو على الاختلاف الذي ذكرناه.

(١٥٨) فإن ظهر له رأي بعد ما قضى قال أبو يوسف رحمه الله: لا ينقض قضاؤه ، وقال محمّد رحمه الله ينقض ، لأنّ رأيه قد أوجب عليه

=ففي الصورة الأولى قال الصدر الشهيد رحمه الله: يقضي برأيه لأنّ رأيه صواب عنده إلاّ أنّه أمر بالمشورة في الابتداء رجاء أن ينضم رأيه إلى رأي غيره فإذا لم ينضمّ لا يدع رأيه برأي غيرة.

وفي الصورة الثانية: إن قضى برأيه (الفقيه) نفذ قضاؤه أيضاً عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعند أبي يوسف ومحمّد رحمهما الله لا ينفذ حتّى لو صارت الحادثة معلومة للسلطان كان له أن ينقض ذلك القضاء الذي أمضى.

وقالا إن كان رأيه صواباً عنده ورأي غيره خطأ عنده فإذا قضى برأي غيره فقد قضى بما هو خطأ عنده فلا ينفذ قضاؤه. انتهى بتصرّف ، انظر: كتاب شرح أدب القاضي ١٩٦/١ ، باب المشاورة مع الاجتهاد ومعرفة المذهب ، والفتاوى الهندية ٣١٤/٣.

القضاء ، كالنصّ إذا ظهر بخلاف ما قضى برأيه[1] وجه قول أبي يوسف رحمه الله ما روي عن عمر رضي الله عنه "أنّه قضى بقضيّة ثمّ رفع إليه مثل تلك القضيّة فقضى بخلافه فقيل له في ذلك فقال تلك كما قضينا وهذه كما قضينا[2]. فإذا ثبت هذا في القضاء برأيه فكذا برأي غيره ، لأنّ رأي غيره بمنزلة رأيه عند عدم رأيه ، فكما لا ينقض قضاؤه برأيه عند ظهور رأيه بخلافه فكذلك ههنا.

١- راجع الفتاوى الهندية: وفيه وقضى برأي المفتي ثمّ حدث له رأي بخلافه قال محمّد رحمه الله ينقضه هو وقال أبو يوسف رحمه الله: لا ينقضه كما لو قضى برأيه ثمّ ظهر له رأي آخر، الفتاوى الهندية ٣/٣١٣.

٢- أخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار ٧/٣٦٣ في كتاب أدب القاضي بلفظ أنّه لمّا أشرك الإخوة من الأب والأم مع الأخوة من الأمّ في الثلث قيل له: لقد قضيت عام أوّل بغير هذا ، قال: تلك على ما قضينا وهذه على ما قضينا.

الفصل الرابع

في بيان ما يجوز للقاضي أن يعمل بعلم نفسه و ما لايجوز

(١٥٩) قال إذا علم القاضي بحادثة فالحال لا يخلو:

(أ) إمّا أنه علم في حالة قضائه في مصره ثمّ رفعت إليه وهو قاض بعد.

(ب) أو علم قبل أن يُستقضى ثمّ استقضي ثمّ رفعت إليه.

(ج) أو علم في غير مصره ثمّ حضر مصره ثمّ رفعت إليه.

(د) أو علم في نواحي مصره ثمّ دخل مصره ثمّ رفعت إليه.

(هـ) أو علم وهو قاض ثمّ عزل عن القضاء ثمّ وُلّي ثانياً ثمّ رفعت إليه.

(١٦٠) أمّا الأوّل فلا يخلو إمّا أن كان علمه محيطاً بحقّ من حقوق العباد أو بحقّ من حقوق الله تعالى ، فإن كان من حقوق العباد نحو أن يرى الرجل يغصب ثوباً أو يطلّق إمرأة له أو يتزوّج إمرأة أو يقتل رجلاً أو يقذف رجلاً ثمّ رفعت إليه وأنكر الخصم ، فإنّه يقضي بعلمه ، لأنّ هذا العلم حصل بمعائنة السبب ، وأنّه فوق العلم بشهادة الشهود ، وإن كان من حقوق الله تعالى نحو حدّ الزنا وشرب الخمر ، والسرقة ، ففي القياس له ولاية إقامة الحدّ كما إذا أُتيَ بالسكران فإنّه يعزّره وفي الاستحسان لا ، حتّى يقرّ أو يشهد عليه الشهود، لما روي عن عمر رضي الله عنه أنّه قال لعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهما[1]: "لو رأيت رجلاً على حد ثم وُلّيت أكنت تقيمه عليه قال: لا،

١- عبد الرحمن بن عوف بن عبد عوف بن عبد الحارث أبو محمّد الزهري القرشي صحأبي من أكابرهم و أحد العشرة المبشّرة بالجنّة ، وأحد السّتة أصحاب الشورى=

حتّى يشهد معي غيري فقال أصبت[1]" ولأنّ الحدود التي هي خالص حقّ الله تعالى يستوفيها الإمام من غير أن يكون هناك خصم مطالب ، فلو اكتفى بعلم

=الذين جعل عمر الخلافة فيهم ، وأحد السابقين إلى الإسلام قيل هو الثامن، وكان اسمه في الجاهليّة عبد الكعبة أو عبد عمرو وسمّاه رسول الله ﷺ بعبد الرحمن ، ولد بعد الفيل بعشر سنين وأسلم وشهد بدراً وأحداً والمشاهد كلّها ، وجرح يوم أحد واحداً وعشرين جراحة ، وأعتق في يوم واحد ثلاثين عبداً وكان ذا ثروة كبيرة تصدّق يوماً بقافلة فيها سبعمائة راحلة تحمل الحنطة والدقيق والطعام ، ولمّا حضرته الوفاة أوصى بألف فرس وبخمسين ألف دينار في سبيل الله، وله خمس وستّون حديثاً توفي في المدينة سنة ٣٢ هـ ،الأعلام للزركلى ٣٢١/٣.

١- أورد هذا الأثر الدكتور ناصر الطريقي في كتابه "القضاء في عهد عمر" عن عكرمة مولى ابن العبّاس: أن عمر بن الخطّاب قال لعبد الرّحمن بن عوف: أرأيت لو رأيت رجلاً زنى أو سرق قال: أرى شهادتك شهادة رجل من المسلمين قال أصبت ، صحيح البخاري كتاب الأحكام باب الشهادة تكون عند الحاكم في ولاية القضاء أو قبل ذلك للخصم فتح الباري ١٥٨/١٣.

وفي رواية أنّ عمر قال لعبد الرحمن بن عوف: أرأيت لو كنت القاضي والوالي ثمّ أبصرت إنساناً على حدٍ أكنت مقيماً عليه؟ قال لا" حتى يشهد معي غيري قال أصبت، ولو قلت غير ذلك لم تجد، القضاء في عهد عمر ٤٧٨/١ وابن أبي شيبه في المصنّف في كتاب الحدود باب في الوالي ، يرى الرجل على حدٍ وهو وحده أيقيمه عليه أم لا؟

وفي الطرق الحكمية "لابن الجوزية".

بلفظ وعن عمر بن الخطّاب أنّه قال لعبد الرحمن بن عوف أرأيت: لو رأيت رجلاً قتل أو شرب أوزنى؟ قال شهادتك شهادة رجل فقال له عمر صدقت /١٩٦.

نفسه يتّهمه بعض الناس بالجور والإقامة بغير حقّ ، بخلاف القصاص وحد القذف فإنّ هناك له خصماً مطالباً[1].

(١٦١) وأمّا إذا علم قبل أن يستقضى ثمّ رفعت إليه تلك الحادثة فإنّه ليس له أن يقضي بعلمه في ذلك على قول أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمّد رحمهما الله: له ذلك ، وروي عن محمّد رحمه الله أنّه رجع إلى قول أبي حنيفة رحمه الله ، وجه قول أبي يوسف رحمه الله أنّ العلم الحاصل بالمعاينة فوق العلم الحاصل بالشهادة ، فإذا جاز له القضاء بالشهادة فَلأن يجوز له القضاء بالعلم الحاصل بالمعاينة أولى ، وجه قول أبي حنيفة رحمه الله أنّ الحاصل له بالمعاينة علم الشهادة ، وأنّه دون علم القضاء ، لأنّ علم القضاء ملزم، والشهادة ليست بملزمة إلاّ باتصال القضاء بها ، فلا يجوز أن يزداد علمه بالاستقضاء فبقي كما كان.

ثمّ ذكر في الكتاب عن أبي يوسف رحمه الله احتجاجه على أبي حنيفة رحمه الله أرأيت رجلاً طلّق إمرأته ثلاثاً أو أعتق عبده ، وقد سمع منه رجل ذلك ثمّ استقضى فاختصما إليه هل يسع للقاضي أن يقرّه على حاله وقد علم ما علم ، وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يفرّق بينه وبينها ولا يعتق العبد ويحول بينه وبين مولاه ، قال أبو يوسف رحمه الله قلت له رأيت رجلاً نظر إلى رجل يغصب ثوب رجل وهو يقدر على منعه ونزع الثوب من الغاصب ودفعه إلى المغصوب منه ، هل له أن يحول بين الغاصب والمغصوب فيمنعه عن ظلمه؟ قال: ينبغي

١- خصم مطالب "بالرفع".

أن يفعل ، قلت وهو على فعله مأجور قال نعم ، قلت فإن لم يفعل ذلك فاستقضى ثمّ رفع إليه هل ينبغي له أن يردّ الثوب على المغصوب منه؟ قال: لا فإذا رآه غيرحاكم ردّه وإذا رآه وهو حاكم لم يرد الثوب على صاحبه ، قال: إن ردّ ذلك على غير سبيل الحكم فهو مأجور مصيب ، وإن ردّه على جهة الحكم بلا إقرار ولا بيّنة ولا نكول فهو مخطئ ، فالحاصل أن عند أبي حنيفة رحمه الله ما كان له قبل القضاء فهو باق بعد القضاء ، وكان له أن يحول بينهما قبل القضاء على وجه الحسبة فله ذلك بعد القضاء ، أمّا الحكم بذلك العلم ليس له قبل تقلّد القضاء فلا يجوز أن يستفيده بتقلّد القضاء ، ولكنّ له أن يعين الذي عنده أنّه محقّ في دعواه ما أمكنه سراً حتّى لا يلحقه التهمة[1].

(١٦٢) وأمّا إذا علم في غير المصر الذي هو قاض فيه ثمّ حضر مصره فرفعت إليه تلك الحادثة فهو على هذا الخلاف.

(١٦٣) وأمّا إذا علم في نواحي مصره ، ثمّ دخل مصره فعلى قولهما يقضي به ، وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله اختلف المشائخ فيه، قال بعضهم: إن كان مقلّداً على القرى كان له أن يقضي في المصر ، ولا يقضي في الرساتيق، أمّا[2] إذا كتب في منشوره "قضاء البلدة ، ونواحيها" له أن يقضي بذلك العلم ،

١- راجع للتفصيل الفتاوى الهندية الباب الثاني عشر فيما يقضي القاضي بعلمه وما لايقضي فيه بعلمه ٣/٣٣٨-٣٣٩ ، والمبسوط ١٦/١٠٥.

٢- وأمّا إذا كان مقلّداً بأن كان في منشوره تقليد البلدة ونواحيها ، نقلاً عن الفتاوى الهندية ٣/٣٣٩.

وبه قال الشيخ الإمام شمس الأئمّة الحلواني رحمه الله ، وجاز له أن يقضي في الرساتيق أيضاً ، وهكذا روي عن أبي يوسف رحمه الله ، والمصر ليس بشرط لنفاذ القضاء على هذا القول ، وقال بعضهم: لم يكن له أن يقضي بذلك العلم وإن كان مقلّداً على القرى ، والمصر شرط لنفاذ القضاء على هذا القول ، وإليه أشار محمّد رحمه الله في أدب القاضي ، وهكذا ذكر الخصّاف في كتابه لأنّ القضاء من معالم الدين فيختصّ بالأمصار كالجمع والأعياد.

(١٦٤) وأمّا إذا علم ، وهو قاضٍ في مصره ثمّ عزل عن القضاء ثمّ أعيد عليه بعد ذلك ، لا شكّ أن على قولهما يقضي به وعند أبي حنيفة لا يقضي به لأنّ ذلك العلم صار علم شهادة بالعزل فلا ينقلب علم قضاء ،كما إذا شهدت عنده الشهود في حادثة ثمّ عزل عن القضاء ثمّ أعيد عليه ليس له أن يقضى بتلك الشهادة[1].

=راجع: الفتاوى الهندية٣/٣٣٩ ، راجع المصدر السابق ٣/٣٣٩، انظر المصدر السابق ٣/٣٣٩.

راجع: كتاب شرح أدب القاضي ٣/١٠٣ ، انظر المسبوط ١٦/ ١٠٥.

١- المسألة ذات وجوه وصور شتّى ، والتفصيل الذي يشتمل على جميع الصور مع ترتيب واتساق هو ما ذكره الصدر الشهيد في شرحه لأدب القاضي للخصّاف ، والمصنّف رحمه الله لا ريب أنّه بيّن جميع هذه الصور بياناً مفصّلاً ، ولكن أحسن من ذلك ما كتبه الصدر الشهيد وهو كما يلي: =

=ثمّ القاضي إذا علم بوجوب حقّ لإنسان على إنسان ، فهذا على ثلاثة أوجه، أمّـا إن علم قبل تقلّد القضاء، أو علم بعد ما تقلّد القضاء في المصر الذي هو قـاض فيـه في مجلس القضاء أو في غير مجلس القضاء.

أو علم بعد ما تقلّد القضاء في غير المصر الذي هو قاض فيه.

ففي الوجه الأوّل عند أبي حنيفة لا يقضي بذلك العلم وعندهما يقضي.

وفي الوجه الثاني يقضي في حقوق العباد بما يثبت مـع الشبهات ، ومـا يسـقط كالقصاص وحدّ القذف، ولا يقضي في الحدود الخالصة لله تعالى نحـو حـد الزنـا والسرقة ، وشرب الخمر ، لأنّ حقوق الله تعالى كلّ واحد من آحاد المسلمين قـد ساوى القاضي ، ثمّ غير القاضي إذا وجد سكران أو رجلاً به أمارات السّكر فإنّـه ينبغي له أن يعزّره لأجل التهمة ولا يكون ذلك حدّاً.

وفي الوجه الثالث: نحو ما إذا خرج من المصر الذي هو فيه قاضٍ لتشـييع جنـازة أو خرج إلى ضيعة له فعلم بسبب الحقّ ، فهو على الاختلاف الذي ذكرنـا في الوجـه الأوّل.

واختلف المشائخ في هذا الوجه على قول أبي حنيفة.

قال بعضهم هذا إذا لم يكن مقلّداً على القرى ، أمّا إذا كان مقلّداً على القرى فإنّـه ينفذ ، وهذا يدلّ على أنّ الوالي إذا قلّد رجلاً قضاء كورة كذا لايصير قاضيـاً في سواد تلك الكورة ، ما لم يقلّد قضاء الكورة ونواحيها ، ويكتب في رسمه ومنشوره، أنا قلّدناه قضاء كورة كذا ونواحيها ، فإذا خرج إلى تشييع جنازة أو إلى ضيعـة ، فأحاط علمه بشيء جاز له أن يقضي بعلمه عند أبي حنيفة رحمـه الله ، وإلى هـذا القول مال الشيخ الإمام شمس الأئمّة الحلواني رحمه الله.

وقال بعضهم: لايجوز له أن يقضي بذلك العلم سواء كان مقلّداً علـى القـرى أو لم يكن ، فعلى هذا القول جعل المصر شرطاً لنفاذ القضاء لأنّه مـن أعـلام الديـن=

[حجية قول القاضي]

(١٦٥) وذكر الصدر الإمام أستاذ الأئمّة ظهير الدين عن ابن سماعة عن محمّد رحمه الله: ينبغي أن يحضر القاضي مجلس القضاء أبداً رجلين عدلين يسمعان إقرار من أقرّ ويشهدان على ذلك، لأنّه عسى أن يقع التجاحد بين الخصمين، وقول القاضي بانفراده ليس بحجّة حتّى ينضمّ إليه عدل آخر، فكثير من مشائخنا رحمهم الله على هذه الرواية في زماننا لما رأوا من فساد القضاة.

(١٦٦) وقال الشيخ الإمام علم الهدى أبو منصور[1] رحمه الله: إن كان القاضي فقيهاً، عالماً، عدلاً، ورعاً قُبل قوله، وإن كان عدلاً غير عالم

=كالعيدين والجمعة، فإذا كان شرطاً لنفاذ القضاء فالقاضي استفاد العلم في موضع لا يتمكن من القضاء، فصار بمنزلة سائر الرعايا فلا يقضي بهذا العلم.

وإلى هذا القول مال الشيخ الإمام شمس الأئمّة السرخسي رحمه الله وجعل هذا القول جواب ظاهر الرواية، وجعل ذلك جواب رواية النوادر، وأشار محمّد بن الحسن رحمه الله في كتاب أدب القاضي إلى أنّ المصر شرط لنفوذ القضاء.

انظر: شرح أدب القاضي ٣/١٠٠، ١٠١، ١٠٢، ١٠٣.

١- هو محمّد بن محمّد بن محمود أبو منصور الماتريدى إمام الهدى قد سبق ذكره نسبه إلى "ماتريد" "محلّة بسمرقند"، ذكره صاحب الهداية، كان من كبار العلماء تخرّج بأبي نصر العياضي كان يقال له إمام الهُدى، مات سنة ٣٣٣ هـ الجواهر المضيئة ٣/٣٦٠، ترجمته في تاج التراجم /٢٤٩.

يستفسر فإن أحسن يصدّق ، وإن كان عالماً فاسقاً ، أو جاهلاً لا يصدّق إلاّ أن يعاين السبب ، وقال بعض مشائخنا رحمهم الله ، إن كان القاضي فقيهاً ، ورعاً ، قُبل قوله ، وإن كان بخلافه فلا يقبل قوله باعتبار ظاهر حاله[1] ، هذا إذا أخبر قبل العزل. أمّا إذا عزل وخاصمه المقضي عليه ، وقال دفعت مالي إلى هذا بالباطل ، وقال القاضي قضيت عليك بإقرار أو ببيّنة ، فعلى رواية ابن سماعة عن محمّد يكون القاضي ضامناً ، لأنه لا يقبل قوله قبل العزل فبعد العزل أولى ، وأمّا على الرواية الظاهرة فالحال لا يخلو إمّا أن كان المال قائماً أو هالكاً فإن كان هالكاً فالقول قول القاضي ، لأنّه أضاف إقراره إلى حالة تنافي وجوب الضمان عليه، فيقبل قوله ، كما لو أخبر قبل العزل لأنّه أنكر وجوب الضمان على نفسه ، والظاهر شاهد له كالصبي إذا بلغ وقال إنّما طلّقت امرأتي في حال الصبى قبل قوله ، لأنّه أنكر الطلاق بإضافته إلى حالة تنافي صحّته كذا ههنا ، وإن كان المال قائماً فلا يخلو إمّا أن قال ذو اليد هذا ملكي ولا أدري ما قالا ، فالقول قوله لأنّ اليد دليل الملك ، وإن قال "ملكي" ، لأنّ القاضي المعزول قضى لي به عليه حال كونه قاضياً ، أمر بتسليمه إلى المقضي عليه لأنّهم تصادقوا على وصوله إلى يده من يد المقضي عليه فيؤمر بتسليمه إليه حتّى يقوم له "حجّة" على الملك.

ويجوز أن يفترق الحكم بين القائم والهالك كما إذا قال الوكيل بعد العزل بعت إن كان هالكاً يصدّق ، وإن كان قائماً لا يصدّق ، كذا ههنا.

١- الفتاوى الهندية ٣٤٣/٣ وكتاب شرح أدب القاضي ٨٧/٣ وجامع الفصولين٢٦/١.

(١٦٧) ثمّ فرق أبو حنيفة وأبو يوسف بين هذه المسألة وبين مسألة العبد إذا قال المولى أخذت منك ألف درهم حال ما كنت عبداً لي أو قطعت يدك ، وقال العبد لا بل بعد العتق والمال مستهلك ، كان القول قول المقرّ له والمقرّ ضامن ، وإن أضاف إقراره إلى حالة تنافي وجوب الضمان له عليه وهو الرّق ، ووجه الفرق أنّ الرّق لا ينافي وجوب الضمان للعبد على المولى في الجملة ، ألا ترى أنّه لو استهلك كسب العبد المأذون المديون غرم مثله للعبد ، فعلم أنّ الأخذ منه سبب للضمان في الجملة ، فلا يسقط عنه إلاّ بمسقط ، بخلاف القاضي فإن فعله على وجه القضاء ليس بسبب للضمان أصلاً ، فكان إضافته إلى تلك الحالة إنكاراً للضمان فكان القول قوله ، وتمام هذا الفرق عرف في زيادات أستاذ الأئمّة.

(١٦٨) قال الصدر الإمام أستاذ الأئمّة ظهير الدين رحمه الله قد صحّ رجوع[١] محمّد رحمه الله عن القول الذي قال: "بأنّ قول القاضي بانفراده ليس بحجّة" رواه هشام عنه كما هو ظاهر الرواية.

(١٦٩) وذكر في الأقضية عن أبي سليمان عن محمّد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمهم الله إذا قال القاضي قضيت على هذا بالرجم أو بالقطع وسعك أن

١- راجع: كتاب شرح أدب القاضي ٨٧/٣ ، باب فيما ينبغي للقاضي أن يعمل به.

وفي جامع الفصولين قال ابن سماعة: رجع (محمّد) إلى هذا القول في آخر عمره ، وقال القاضي لا يقضي بعلمه وإن استفاد العلم في حالة القضاء حتّى يشهد معه آخر قال لعلّ القاضي غلط فشرط مع علمه شهادة آخر ليصير علمه مع شهادة الآخر بمعنى شاهدين ، جامع الفصولين١/٢٦.

ترجمه وتقطع يده[1] ، لأنه أمين مسلّط ، وقد أخبر عمّا سلّط عليه كالوكيل بالبيع إذا قال بعت والمودَع إذا قال رددت إلا أن ههنا لا يستحلف.

(١٧٠) قال بعض مشايخنا رحمهم الله: إذا كان القاضي عالماً غير ورع أو ورعاً غير عالم لا يحلّ لهم الإقدام حتّى يستفسروه لأنّ غير العالم والورع يتعمّد الجور والميل ، وإن كان عالماً ورعاً يسعهم الإقدام عليه.

(١٧١) وذكر في الفتاوى الكبرى: قاضيان التقيا فقال أحدهما للآخر: إن فلاناً أقرّ لفلان بكذا ، إن كان كل واحد منهما زمن الإخبار في مكان هو قاض فيه يقضى به .، وإن لم يكن كلّ واحد منهما زمن الإخبار في مكان هو قاض فيه لا يجوز له أن يقضي به ، لأنّ في الوجه الأوّل خاطب في موضع القضاء فكان قوله حجّة ، وفي الوجه الثانى خبره بمنزلة خبر غيره من الرعايا ، ولو التقيا في عمل أحدهما أو في مصر ليس من عمل أحدهما فقال أحدهما لصاحبه قد ثبت عندي لفلان على فلان كذا فاعمل في ذلك ممّا بحقّ بعينه[2] عليك لم يقبل ذلك منه[3].

وسنذكر جنس هذه المسائل في باب كتاب القاضي إلى القاضي إن شاء الله تعالى.

١- راجع: جامع الفصولين١/٢٦.

٢- كذا في نسخة " أ " وفي نسخة "ب" بما لَحَقٌ لله.

٣- راجع: معين الحكّام /١٢١ ، الباب الرابع والعشرون.

الفصل الخامس

فيما إذا وجد القاضي خرائط القضاء مختمة بخاتمه محفوظة من وصول اليد المغيّرة إليها فوجد في جوفها الخطوط الموقّعة بتوقيعه بخطّه ولم يتذكّر الحادثة هل يسع له أن يعمل بها أم لا؟

(١٧٢) قال أبو حنيفة رحمه الله: لايجوز للقاضي أن يعمل بما يجد في ديوانه ما لم يتذكّر الحادثة ، وقال أبو يوسف ومحّمد رحمهما الله: إذا وجده مختوماً بخاتمه محفوظاً بحفظ من يثق به جاز له أن يعمل به وإن لم يتذكّر الحادثة ، لأنّ القاضي مأمور باتباع الظاهر ، والظاهر أنّه إذا كان الكتاب تحت خاتمه لم يصل إليه اليد المغيّرة ، فلو لم يطلق له الرجوع إليه عند النسيان لم يكن لاتّخاذ الديوان معنى وفائدة.

(١٧٣) ولأبي حنيفة رحمه الله أن الخطّ للقلب بمنزلة المرآة للعين والمرآة وضعت لإفادة الدرك فإذا لم يُفد الدرك فصارت هي والآخر سواء ، كذلك الخطّ إنّما يكتب لإفادة الحفظ فإذا لم يفده صار خطّه وخط غيره سواء[1].

١- انظر: شرح أدب القضاء للخصّاف ، فقد قال الصدر الشهيد رحمه الله: نصه وكذا على هذا إذا وجد مسجّلاً في ديوانه مختوماً بختمه مكتوباً بخطّه أو بخطّ نائبه فيه=

[البينة على قضاء القاضي]

(١٧٤) وذكر في أدب القاضي والأقضية: لو أنّ رجلاً جاء إلى قاضٍ وقال للقاضي إنّك قضيت لي على فلان بكذا وكذا ونسيَ القاضي القضاء، لا يقبل بيّنة الطالب على قضائه عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال محمّد رحمه الله يقبل وينفّذ ذلك عليه وهو قول[1] الحسن بن زياد وإسماعيل بن حمّاد بن أبي حنيفة رحمهم الله، احتجّ محمّد رحمه الله بحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: صلّى بنا رسول الله عليه السلام إحدى صلاتي العشاء إمّا الظهر أو العصر وسلّم على رأس الركعتين، فقال رجل يقال له ذو اليدين وفي رواية ذو اليد: أقُصِرت الصلاة أم نَسِيتها، فقال ﷺ كلّ ذلك لم يكن، وكان رسول ﷺ ينظر إلى أبي بكر وعمر، فقال: أحقّ ما يقول ذو اليدين فقالا نعم، فقام وأتمّ صلاته وسجد للسّهو[2]، والمعنى أنّ القضاء سبب لثبوت الحقّ فيملك إثباته

=قضاؤه أو كتب في آخره بخطّه إنّي قضيت بهذه القضيّة وأنفذت القضاء بذلك و لم يذكر، عند أبي حنيفة رحمه الله لا يمضي ذلك حتّى يتذكّر وعندهما يمضي ١ هـ.
وراجع: أيضاً الفتاوى الهندية ٣/٣٤٠ الباب الثالث عشر، ٣/٩٧ الباب التاسع والثلاثون في القاضي يقضي بعلمه.

١- انظر: كتاب شرح أدب القاضي ٣/٩٦ الباب التاسع والثلاثون في القاضي يقضي بعلمه، الصدر الشهيد رحمه الله ذكر في مذاهب الأئمّة أن أبايوسف رحمه الله قال: لا ينفذ ذلك ويحكم به وروى عنه الحسن بن زياد وبشر بن الوليد، وقال محمّد رحمه الله ينفذ ذلك ويحكم به وهو قول إسماعيل بن حمّاد بن أبي حنيفة وابن سماعة، فليتأمّل.

٢- أخرجه الترمذي رحمه الله عن محمّد بن سيرين عن أبي هريرة بلفظ " أنّ النبي ﷺ انصرف من اثنتين، فقال له ذو اليدين: أقصرت الصلاة أم نسيت يا رسول الله؟=

بالبيّنة عند التجاحد ، ألا ترى أنّه يملك إثباته عند قاض آخر ، بخلاف الشاهد إذا نسي تحمّل الشهادة، لأنّ الشهادة ليست بموجبة للحقّ قبل اتصال القضاء بها ، حتّى لا يحلّ لأحد أن يشهد على شهادته بمجرّد السماع بدون الإشهاد ، والأمر بخلاف القضاء ، فإنّه يحلّ لمن سمع قضاء القاضي أن يشهد على قضائه وإن لم يأمره القاضي بالشهادة عليه، هذا إذا بيّنوا المقضي عليه والمقضي به ، أمّا إذا لم يُبيّنوا فلا، فأبوحنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقولان: بأنّ هذه الشهادة لا تفيد له العلم فلا يجوز القضاء بها ، لأنّ علم القاضي كان علم المعاينة وعلم المعاينة فوق العلم الحاصل بالشهادة فلا يعتبر العلم بالشهادة في حقّه بخلاف القاضي الآخر ، لأنّه ليس له علم العيان بقضائه فلهذا اعتبرنا العلم الحاصل بالشهادة ، ولأنّه لو قبلت هذه الشهادة لصار القاضي خصماً في إثبات فعله عليه والقاضي لا يصلح أن يكون خصماً.

وحديث ذو اليدين محمول على ما إذا تذكّر حين أخبره أبو بكر وعمر، وههنا لو تذكّر قضاءه كان له أن يعمل به.

(١٧٥) وذكر في أدب القاضي: سجل ضاع عن ديوان القضاء فشهد كاتباه عند القاضي تقبل شهادتهما ، وكذا إذا أقرّ رجل لآخر عند القاضي وضاع صكُّ إقراره فشهد كاتباه أنّه أقرّ عندك له بكذا يقبل ، ولو ضاع محضر

-فقال رسول الله ﷺ أصدق ذو اليدين! فقال الناس نعم فقام رسول الله ﷺ فصلّى اثنتين أخريين ثمّ سلّم ثم كبّر فسجد مثل سجوده أو أطول ثمّ كبّر فرفع ثمّ سجد مثل سجوده أو أطول ، اهـ وقال أبو عيسى وحديث أبي هريرة حديث حسن صحيح ، سنن الترمذي مع موسوعة السنّة ٢/٢٤٧-٢٤٨ الحديث ٣٩٩ والحديث أخرجه الشيخان و قال الحافظ في التلخيص /١١٢ وله طرق كثيرة.

لرجل من ديوان القضاء وفيه شهادة شهود له بحقّ من الحقوق ، والقاضي لا يتذكّر ذلك فشهد عند القاضي كاتباه أنّ شهود هذا الرجل شهدوا له عندك على هذا الرجل بكذا ، لاينبغي للقاضي أن يقبل ذلك وينفّذه ، والفرق أنّ في الفصل الأوّل عاين السبب الموجب للحقّ وهو قضاء القاضي وإقرار المقرّ، وكاتباه شهدا على السّبب الموجب للحقّ ، وفي فصل الشهادة ما عاين السبب الموجب للحقّ ، لأنّ الشهادة إنّما تصير سبباً إذا نقلت إلى مجلس القضاء ، والنقل إنّما يصحّ إذا كان بالأمر والإشهاد ، والشاهدان لم يُشهِدا الكاتبين على شهادتهما و لم يأمراهما بالنقل[1].

[حجية الصك]

(١٧٦) وذكر في الأقضية وأدب القاضي: الشاهد إذا وجد خطّه مكتوباً في صكّ في يد رجل ولا يذكر الشهادة ، اختلف[2] المشائخ فيه قال بعضهم فيهم الفقيه الإمام أبو اللّيث والقاضي الإمام المنسوب إلى إسبيجاب[3] إنّه على

١- راجع: كتاب شرح أدب القاضي ١٠٥/٣-١٠٦ الباب الأربعين في القاضي يجد في ديوانه شيئاً لا يحفظه ، والفتاوى الهندية الباب الثّالث عشر في القاضي يجد في ديوانه شيئاً لا يحفظه ٣٤١/٣ وخلاصة الفتاوى ٢٣/٤.

٢- انظر: شرح أدب القاضي ٩٨/٣.

٣- لا أعرف لماذا لم يذكر المصنّف اسم القاضي المذكور ، وهو أحمد بن منصور أبو نصر الإسبيجابي القاضي ترجمته في كتاب: أعلام الأخيار برقم ٢٩٤، الطبقات السنية برقم ٣٩٤ ، كشف الظنون ٥٦٣/١، ١٦٢٧/٢ ، الفوائد البهية /٤٢ ، القاضي المذكور هو أحد شراح مختصر الطحاوي متبحر في الفقه ببلاده وذكر في القند في تاريخ سمرقند أنّه كان الرّجوع إليه في الوقائع (الجواهر المضيئة /٣٣٥رقم: ٢٦٠) المتوفي تقريباً سنة خمسمائة.

هذا الخلاف ، وذكر الشيخ الإمام شمس الأئمّة الحلواني رحمه الله قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة رحمهم الله.

(١٧٧) فالحاصل أنّ أبا حنيفة رحمه الله ضيّق وشدّد وقال: لايقبل البيّنة على القضاء ولا يقضي بما يجد في ديوانه ولا يشهد على ما في الصكّ.

وقد روي عنه: أنّه إذا شهد بعقد ينبغي أن يذكر صفة العقد وشرائطه ولا يروى حديثاً من أحاديث الرسول ﷺ بمجرّد رواية سماعه بخطّه ، وكان يشترط للرواية الحفظ من حين يسمع إلى أن يروي ولهذا قلّت روايته مع كثرة مسموعاته.

وأبو يوسف رحمه الله وسّع فيما وجد في ديوانه وفي رواية الأخبار ، لأنّ توهّم الغلط والتزوير في الكتابة وفيما يجد في ديوانه نادر ولأنّ بقاء الدين والشريعة بالنقل والتبليغ ، وضيّق في الصكوك لأنّ الصكّ في يد غيره فلا يؤمن من التغيير حتّى إذا كان الصّكّ في يد الشاهد روى عنه أنّه يجوز له أن يشهد وإن لم يتذكّر الحادثة.

ومحمّد رحمه الله وسّع في ذلك كلّه حتّى قال: إذا نسيَ القاضي قضاءه قبلت البيّنة عليه ، وكذا إذا وجد في ديوانه ولم يتذكّر الحادثة يقضي ذلك به ، وكذا إذا رأى شهادته بخطّ يده ولم يتذكّر الحادثة حلّ له أن يشهد ، وكذا إذا وجد سماعه في كتاب الأحاديث ولم يتذكّر السماع يجوز له أن يروي[1].

١- راجع: خلاصة الفتاوى ٢٣/٤ والفتاوى الهندية ٣٤١/٣ وكتاب شرح أدب القاضي ١٠٠/٣ والمبسوط ٩٣/١٦.

[شرائط صحّة رواية الأخبار]

نذكر ههنا طرفاً من شرائط صحّة رواية الأخبار فنقول:

(١٧٨) لنقل الأخبار طرفان طرف المبلّغ وطرف السامع، وكلّ ذلك نوعان رخصة وعزيمة، فالعزيمة من كلّ واحد من الجانبين أن يقرأ المبلّغ على السامع أو السامع على المبلّغ إمّا عن الخطّ أو عن الحفظ، فإذا فرغ يقول للمبلغ أهو هكذا؟ فإن قال: نعم يحلّ له أن يروي وإن أبى فلا، قال أهل الحديث، الأوّل أقوى، وقال أبوحنيفة رحمه الله: هما سواء وهذا أحوط، ووجهان آخران يقومان مقامهما في العزيمة، أحدهما أن يكتب المبلّغ إليه كتاباً ويكتب فيه حديثاً حدّثني فلان هذا الحديث عن فلان إلى النبيّ عليه السّلام فإذا بلَغَ إليك هذا الكتاب فاروه عنّي بهذا المتن وبهذا الإسناد.

والثاني أن يرسل رسولاً إلى غيره فيقول: حدّثني فلان هذا الحديث عن فلان إلى النبيّ عليه السّلام فاروِ هذا المتن عني بهذا المتن وبهذا الإسناد، والسبيل في القسمين الأوّلين أن يقول: حدّثني فلان هكذا، والسبيل في القسمين الآخرين أن يقول: أنبأني أو أخبرني فلان ولا يسعه أن يقول: حدّثني لأنّه أنبأه أو أخبره، والإنباء والإخبار غير التحديث لأنّ التحديث ما يكون عن المشافهة فإنّه لو حلف أن لا يحدّث فلاناً فأخبره أو أنبأه لا يحنث في يمينه.

[الإجازة والمناولة]

(١٧٩) فأمّا الرخصة فنوعان إجازة ومناولة ، والإجازة نوعان أحدهما أن يقول له أجزت لكَ أن تروي عني ما في هذا الكتاب والمجاز له يفهم ما في الكتاب ويعرفه ، والثاني ما لا يعرف المجاز له ما في الكتاب ولا يفهم ، قال أبو حنيفة ومحمّد رحمهما الله: لا يحلّ له أن يروي عنه ، وقال أبو يوسف رحمه الله يحلّ له أن يروي كالشاهدين إذا شهدا على كتاب القاضي إلى القاضي و لم يعلما ما في الكتاب من الحادثة ، يحلّ للقاضي أن يقضي بشهادتهما عند أبي يوسف رحمه الله وعندهما لا يحلّ ، والسبيل فيه أن يقول: أجاز لي فلان ، ولا يسعه أن يقول: أخبرني إلاّ بطريق الرخصة ، وأمّا المناولة فهو أن يُناوله الكتاب ويقول: أجزت لك أن تروي عنّي ما في الكتاب ، هو على ما ذكرنا من النوعين أيضاً ، والحفظ نوعان حفظ بلا واسطة الكتابة وهو عادة الأنبياء عليهم السلام ، وحفظ بواسطة الكتابة وهو عادة الفقهاء من الصدر الأوّل إلى زماننا هذا.

[الرواية عن الخط]

(١٨٠) ثمّ الرواية عن الخطّ لا يخلو إمّا أن يكون تذكرة وسماعاً أو بقراءة على المبلغ ، أو بكتاب ورد عليه من جهة المبلّغ ، أو برسول أرسل إليه المبلّغ.

أو يكون بخطّ إمام معروف ولا يذكر السّماع ، فإذا ذكره الخطّ السماع يحِلّ له أن يروي ، وإن لم يذُكّره الخطّ السّماع قال أبو حنيفة رحمه الله: لا يحلّ له أن يروي لما ذكرنا ، أنّ الخطّ للقلب بمنزلة المرآة للعين ، وقال أبو يوسف ومحمّد رحمهما الله يحلّ له أن يروي لأنّا لو شرطنا ذلك يؤدّي إلى انقطاع الأحاديث بين الناس ، هذا إذا رأى خطّ نفسه ، أمّا إذا رأى خطّ غيره فذلك الغير لا يخلو إمّا أن يكون معروفاً ثقة أو مجهولاً ، فإن كان معروفاً وكتب اسمه ، واسم نفسه[1] واسم أبيه يكون صحيحاً ، يحلّ له أن يروي لأنّه حينئذٍ لا فرق بين خطّه وخطّ ذلك الكاتب ، وكذا إذا كتب اسمه ولم يكتب اسم نفسه[2] لأنّ المقصود اسم الراوي ، وإن كان الكاتب مجهولاً لا يحلّ له أن يروي لأنّ الخطّ لّما لم يذُكّره السماع ولم يكن الراوي معروفاً فلا يجد شيئاً يعتمد عليه ، وأمّا إذا كان ذلك الخطّ خطّ أبيه والأب عدل ثقة يحلّ له أن يروي، وسبيله أن يقول: وجدت في كتاب أبي هذا ورأيت بخطّ أبي كذا ، ولا يسعه أن يقول حدّثني أو أخبرني.

١- اسمه واسم نفسه ، هكذا في ثلاثة نسخ ولا أعرف ما هو المراد باسم نفسه بعد ما كتب اسمه ، وكذلك في قوله " إذا كتب اسمه ولم يكتب اسم نفسه" اشتباه ظاهر ، ويمكن تصحيح العبارة ، فنقول: "كتب اسمه واسم أبيه واسم أب أبيه" ونقول: "إذا كتب اسمه ولم يكتب اسم أبيه" يحتاج إلى مزيد بحث ونظر فتأمّل.

٢- أيضاً.

الباب الثالث

فيما ينبغي للقاضي أن يجيب الطالب في إحضار المطلوب وفي الأمر بالحبس ، وبالملازمة والتكفيل ، ومساءلة الشهود ، والتعديل، والارتزاق من بيت المال، وهذا الباب مشتمل على فصول.

الفصل الأول

في الإعداء وإعطاء الطينة وبذل العلامة والأمر بالملازمة والحبس والتسمير والختم على باب المتمرد والهجوم على الخصوم

[استعداء القاضي]

(١٨١) ذكر صاحب الأقضية: أنّ الرجل إذا تقدّم إلى القاضي وادعى حقّاً على رجل ، والقاضي لا يعرف أنّه محقّ أو مبطل وأراد الإعداء على خصمه ، وهو "أن يلتمس من القاضي إحضار الخصم" فالقياس أن لا يعديه لأنّ الدعوى خبر محتمل ، والمحتمل لا يكون حجّة، فلا يثبت به ولاية الإعداء ، وفي الاستحسان يعديه، لأنّ ترك القياس بالآثار المشهورة جائز ، وقد جاءت الآثار من الصحابة والتابعين رضي الله عنهم أنّهم فعلوا ذلك من غير نكير[1] ولأنّ القاضي نصب لدفع الظلم وإيصال الحقّ إلى المستحقّ ، ولا يمكنه ذلك إلاّ بالجمع بين الخصمين ، ولأنّ فصل الخصومة إمّا بالحجّة والبيّنة أو بالإقرار

---

١ – انظر: أدب القاضي للخصّاف مع شرحه للصدر الشهيد .... الباب الثلاثون في العدوى والإعداء فقرة ٤٦٦– ٢/ ٣٠٣.

واليمين، والمدّعى عليه لا يحضر بنفسه ، ولو أمر المدّعي بأن يُحضره بنفسه يتنازعان فيؤدّي إلى الفساد ، والقاضي نصب لفصل الخصومات وليس فيه كثير ضرر بالمدّعى عليه ، وفي ترك الإعداء ضرر بالمدّعي[1].

(١٨٢) وقال مالك رحمه الله إنّ علم القاضي أن بينهما خلطة بشركة أو تجارة أو ما أشبهه يعدي عليه وإلاّ فلا[2].

(١٨٣) وقال بعض العلماء إن أقام البيّنة على ثبوت الحقّ له عليه يعدي، وإقامة هذه البيّنة لكشف الحال لا لإثبات الحقّ على الغائب كما في كتاب القاضي إلى القاضي ، وشهادة المستور تكفي في هذا الباب[3] ، وقال بعضهم: يستحلف المدّعي فإن حلف ، أحضر المدعى عليه.

(١٨٤) ثمّ الحال لا يخلو إمّا أن يكون المدعى عليه في المصر أو خارج المصر ، فإن كان في المصر يعدي ، وإن كان خارج المصر لا يخلو إمّا أن يكون قريباً من المصر أو بعيداً ، فإن كان قريباً فحكمه حكم المصر[4] وإن كان بعيداً لا يعدى.

١- انظر: كتاب شرح أدب القاضي ٣٠٣/٢ الباب الثلاثون في العدوى والإعداء والفتاوى الهندية٣٣٤/٣.

٢- انظر: الاستذكار ، نصه: قال مالك رحمه الله: وعلى ذلك الأمر عندنا أنّه من ادعى على رجل بدعوى نُظر فإن كانت بينهما مخالطة أو ملابسة أحلف المدّعى عليه - باب القضاء في الدعوى ٧٠/٢٢.

٣- انظر: شرح أدب القاضي ٣٠٧/٢.

٤- انظر: المصدر السابق ٣٠٧/٢.

(١٨٥) والحدّ الفاصل بين القريب والبعيد أنّه إذا كان بحال لو ابتكر من أهله وحضر مجلس القضاء ويجيب ويبيت في أهله ، فهو قريب، وإن احتاج إلى أن يبيت في الطريق فهو بعيد[١].

(١٨٦) وهذا كما قال أصحابنا رحمهم الله في المضارب إذا خرج إلى القرية إن كان بحال يمكنه أن يعود إلى أهله ويتعشّى عندهم فنفقته في ماله ، وإن كان لا يمكنه ذلك ففي مال المضاربة.

(١٨٧) وكذا إذا وقعت الفرقة بين الزوجين ، وأرادت المرأة أن تنتقل بولدها إلى القرية إن كانت بحيث يمكن أن ينظر الرجل في أمر ولده ثمّ يبيت في أهله كان لها ذلك ، وإلاّ فلا [٢].

(١٨٨) ولهذا قال أصحابنا رحمهم الله: ينبغي للإمام أن ينصب قاضياً على مسيرة يومين من المصر.

(١٨٩) فإن كان المدّعى عليه في المصر أو قريباً من المصر وأراد أن يعديه فلا يخلو إمّا أن كان رجلاً أو امرأةً ، والمرأة لا يخلو إمّا أن كانت بارزة تخالط الرجال ، أو مخدّرة لم يعهد لها الخروج إلاّ عند الضرورة ، فيعدي على الرجل والمرأة التي تخالط الرجال ، ولا يعدي على المخدّرة والمريض.

١- انظر: شرح أدب القاضي ٣٠٥/٢ ، والفتاوى الهندية ٣٣٥/٣-٣٣٦.

٢- انظر: شرح أدب القاضي للصدر الشهيد قال: نظير هذا ما ذكرنا في شرح الجامع الصغير أنّ الفرقة إذا وقعت بينهما....... إلخ ٣٠٥/٢.

(١٩٠) وتكلّم المشائخ رحمهم الله في مقدار المرض الـذي لايعديـه القاضي قال بعضهم: أن يكون بحال لا يمكنه الحضور بنفسه ، والمشي علـى قدميه، ولو ركب أو حُمِل على أيدي الناس يزداد مرضه وقال بعضـهم: أن يكون بحال لا يمكنه الحضور بنفسه ، وإن كان يمكنه الحضـور بـالركوب وحمل الناس من غير أن يزداد مرضه[١].

قال الصدر الإمام أستاذ الأئمّة ظهير الدين رحمه الله هذا الوجه أرفـق بالناس وأصحّ[٢].

(١٩١) ثمّ إذا لم يُحضِرهما يعني المريض والمخدّرة ماذا يصنع القاضي، فالحال لا يخلو إمّا أن كان القاضي مأذوناً بالاستخلاف أو لم يكن ، فـإن كان مأذوناً يبعث خليفته إليهما ليقضي بينهما علـى ما يقتضيه الشرع.

(١٩٢) وإن لم يكن مأذوناً يبعث أميناً موصوفـاً بالفقـه والعدالـة والأمانة ويبعث معه شاهدين عدلين حتّى يخبر القاضي بما جرى[٣].

(١٩٣) وينبغي للقاضي أن يبيّن له صورة الاستحلاف وكيفيّته حتّـى إذا أنكر المدّعى عليه حلّفه على ما هو رأي القاضي لأنّ القضاة يختلفـون في كيفيّة الاستحلاف[٤].

١- انظر: الفتاوى الهندية ٣٣٥/٣.

٢- انظر: الفتاوى الهندية: قال فيه: وهذا القول أرفق وأصحّ ٣٣٥/٣.

٣- انظر: الفتاوى الهندية ٣/ ٣٣٥ ، وشرح أدب القاضي ٢/ ٣١٩.

٤- انظر: شرح أدب القاضي ٣٢٠/٢ ، والفتاوى الهندية ٣٣٥/٣.

(١٩٤) فإذا حضروا عند المدعى عليها يخبرها الأمين بما يدّعى عليها فإن أقرّت شهد عليها شاهدان فيأمرها بأن توكّل وكيلاً ليحضر مع خصمها مجلس القضاء ، ليقضي القاضي على وكيلها بعد ما شهدوا عليها بحضرة وكيلها.

(١٩٥) وإن أنكرت يقول أمين القاضي للمدّعي: ألك بيّنة؟ فإن قال: نعم أمرها بأن توكّل حتّى يقيم البيّنة عند القاضي بحضرة وكيلها.

(١٩٦) وإن قال[١] ليس لي بيّنة فحينئذٍ يستحلفها الأمين فإن حلفت أخذ الشاهدان بذلك.

(١٩٧) وإن نكلت عن اليمين ثلاث مرّات أمرها أن توكّل وكيلاً حتّى يحضر مجلس القضاء ويشهد عليها الشاهدان بنكولها ويقضي القاضي بنكولها[٢].

(١٩٨) قال[٣] الشيخ الإمام شمس الأئمّة السرخسي رحمه الله: ما ذكر ههنا اختيار الخصّاف وفيه إشارة إلى أنّه لا يشترط للقضاء بالنكول عنده على الفور حتّى إنّ المدعى عليه إذا نكل عن اليمين ويشتغل القاضي بأعمال أُخر ثمّ قضى عليه بذلك النكول جاز قضاؤه كما في البيّنة والإقرار ، وبعض مشائخنا رحمهم الله شرطوا للقضاء بالنكول أن يكون على فور النكول ، فلا يمكن للقاضي أن يقضي بنكول كان عند الأمين ، وعلى قول هذا القائل ينبغي

١- هكذا في النسخ كلّها والصحيح "قالت".

٢- انظر: المصدر السابق ٢/ ٣٢٠ ، والفتاوى الهندية ٣/ ٣٣٥.

٣- انظر: للتوضيح والتفصيل كتاب شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٢/ ٣٢١.

للأمين أن يقضي عليها بالنكول ثمّ ينقل الشاهدان قضاء الأمين إلى مجلس القضاء فيمضي القاضي قضاءه بمحضر من وكيله.

(١٩٩) وبعض مشائخنا رحمهم الله قالوا[١]: إذا لم يكن القاضي مأذوناً بالاستخلاف ينبغي أن يقول للمدّعي أتريد هذا حكماً يحكم بينكما بذلك ثمة، فإذا رضي بذلك يبعث أميناً إلى الخصم الآخر فيخبره بالحكم فإذا رضي بحكومته فحكم بينهما جاز ، وحكم المحكّم بين الخصمين بمنزلة حكم القاضي المولّى ، وسيأتي بعد هذا بيانه في موضعه إن شاء الله تعالى.

[بذل العلامة لإحضار الخصم]

(٢٠٠) وذكر صاحب الذخيرة: أنّ الرجل إذا تقدّم إلى القاضي وادّعى حقاً على رجل فالتمس منه إحضاره ، ينبغي أن يعطيه علامة ليُحضِر الخصم ، والقضاة في هذا مختلفون ، منهم من اختار الطّينة[٢] ومنهم من اختار الشمع ومنهم من اختار قطعة كرباس ، ومنهم من اختار الخاتم ، ومنهم من اختار الرقعة ، ثمّ الخصّاف رحمه الله اختار بذل العلامة في المصر والأشخاص خارج المصر ، وبعض القضاة اختار الأشخاص في المصر وبذل العلامة خارج المصر لأنّ جعل الراجل في المصر أقل[٣].

١- راجع: أدب القاضي مع شرحه للصدر الشهيد ٣٢٢/٢.

٢- الطينة: هي قطعة من الطين كان يختم بها الكتب والرسائل ونحوهما قديماً، المعجم الوسيط /٥٧٤.

٣- انظر: شرح أدب القاضي نصه: ثمّ اختار صاحب الكتاب أنّ القاضي يدفع خاتمه لإحضار الخصم إذا كان في المصر ويبعث من يحضره إذا كان خارج المصر ،=

(٢٠١) واختلف العلماء رحمهم الله في أجرة المشخص قال بعضهم: يكون في بيت المال ، وقال بعضهم يكون على المتمرّد كأجرة الجلاّد وثمن الدهن الذي يحسم به العروق يكون على السارق[١].

(٢٠٢) وأمّا مؤنة الموكّل وهو الشخص الذى يدور مع المدّعى عليه بأمر القاضي لإخراج المال ، ذكر القاضي الإمام صدر الإسلام أبواليسر[٢]

=والقضاة على عكس هذا فإنّهم يبعثون الرجل في المصر ويبعثون العلامة خارج المصر ٣١٧/٢-٣٣٢.

١- وفي نسخة: الحداد.

٢- أبو اليسر ، هو محمّد بن محمّد بن عبد الكريم بن موسى أبو اليسر صدر الإسلام البزدوي أخذ عن إسماعيل بن عبد الصادق عن جدّ أبي اليُسر عبد الكريم عن أبي منصور الماتريدي محمّد بن محمّد بن محمود عن أبي بكر الجوزجاني عن أبي سليمان عن محمّد ، وهو أخو الإمام علي صاحب التصنيف في الأصول ، قال عمر بن محمّد النسفي في كتاب "القند" كان أبو اليسر شيخ أصحابنا بما وراء النهر ، وكان إمام الأئمّة على الإطلاق، والموفود إليه من الآفاق، ملأ الشرق والغرب بتصانيفه في الأصول والفروع ، توفي ببخاري في رجب سنة ٤٩٣ هـ قال السمعاني: ولد سنة ٤٢١ هـ وعدّ جماعة حدّثوه عنه وكان يدرّس ويملي الحديث تاج التراجم /٢٧٥ ، الفوائد البهية /١٨٨.

ذكر صاحب تاج التراجم في نسبه اسم جدّه ، الحسين ، فقال: محمّد بن محمّد بن الحسين بن عبد الكريم.

أنّها على المدّعى عليه وعليه بعض القضاة ، وبعض مشائخنا رحمهم الله على أنّه على المدّعي وهو الأصحّ"[1].

(٢٠٣) ولو أعطاه القاضي علامة وذهب بها إلى الخصم فأراه ينبغي أن يقول للخصم: هذا خاتم القاضي فلان يدعوك فاحضر معي إليه فإن قال أحضر وحضر فبها ، وإن قال لا أحضر أشهد المدّعي على ذلك شاهدين حتّى يشهدا عند القاضي بتمرّده.

والتعديل ليس بشرط ههنا ، فإذا حضر أمر المدّعي بإعادة البيّنة على تمرّده فإذا أعاد عاقبه على إساءة أدبه ، وكذا إذا قال: أحضر ولم يحضر ولكنّ المعاقبة ههنا دون الأوّل[2].

(٢٠٤) والاكتفاء[3] بشهادة المستور في هذا قول الخصّاف ، هكذا قال الشيخ الإمام شمس الأئمّة الحلواني رحمه الله ، وكذا نقل عن إسماعيل بن حمّاد بن أبي حنيفة رحمهم الله ، وروي عن أبي حنيفة ومحمّد رحمهما الله أنّه يشترط التعديل ، وذكر الخصّاف عن ابن سماعة أنّه يشترط كما في الشهادة على سائر الجنايات الموجبة للتعزير ، وعن إسماعيل[4] بن حمّاد أنّه

١- انظر: شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٣٢٤/٢.

٢- انظر: شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٣٢٤/٢.

٣- انظر: الفتاوى الهندية: نصه: ذكر القاضي الإمام صدر الإسلام أنّها على المدّعى عليه وعليه بعض القضاة ، وبعض مشائخنا على أنّها على المدّعي وهو الأصحّ ٣٣٨/٣.

٤- انظر: كتاب شرح أدب القاضي ٣٢٥/٢ والفتاوى الهندية ٣٣٨/٣ =

قال[1]: أربعة شهود لا أسال عنهم يعنى عن عدالتهم شاهدا ردّ الطينة وشاهدا تعديل العلانية ، وشاهدا الغربة وشاهدا الأشخاص ، قال محمّد بن سماعة ، أمّا أنا فأسأل عن شاهدي ردّ الطينة وعن شاهدي الأشخاص ، لأنّ فيها إلزام شيء على الغير وفيما فيه إلزام على الغير لابدّ من العدالة ، فأمّا في تقديم الغريب، وتزكية العلانية ليس إلزام شيء على الغير.

[حكم رفع الخصومة إلى السلطان]

(٢٠٥) وذكر صاحب الذخيرة وأحال إلى الفتاوى أن من أراد أن يستوفي حقّه من باب السلطان ولا يذهب إلى باب القاضي فهو مطلق فيه شرعاً ولكنّ لا يفتى به ، وبعض مشائخ زماننا على أنّه إنّما يطلق له في ذلك إذا ذهب إلى القاضي أولاً وعجز عن الاستيفاء من جهته ، أمّا لو أراد الذهاب إلى باب السلطان أوّلاً لا يطلق له في ذلك وبه يفتى ، فإذا ذهب به إلى باب السلطان والتمس جوبدار بإحضار خصمه فأخذ جوبدار من خصمه زيادة على

=إسماعيل بن حماد: هو إسماعيل بن حماد بن الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، تفقه علي أبيه ، وعلى الحسن بن زياد ، ولم يدرك جده وولي القضاء بالجانب الشرقي ببغداد ، وقضاء البصرة والرقة ، وكان بصيراً بالقضاء عارفاً بالأحكام والوقائع والنوازل ، صالحاً ديناً ، عابداً زاهداً ، صنف الجامع في الفقه ، ورد على القدرية وكتاب الإرجاء، وعن الحلواني: إسماعيل نافلة أبي حنيفة كان يختلف إلى أبي يوسف يتفقه عليه ثم صار بحال يعرض عليه ومات شاباً ، ذكر القاري أنه مات شاباً سنة ٢١٢هـ (الفوائد البهية /٤٦ ، تاج التراجم /١٣٤ ، ١٣٥).

١- انظر: الفتاوى الهندية ٣٣٨/٣ وشرح أدب القاضي ٣٠٧/٢.

الرسم هل للخصم أن يرجع بالزيادة على المدّعي ، ينظر إن ذهب إلى القاضي أولاً وعجز عن استيفاء حقّه من جهة القاضي ، لا يرجع الخصم بالزيادة على المدّعي وإن لم يذهب إلى القاضي أولاً يرجع[1].

[الختم والتسمير على باب الخصم]

(٢٠٦) ولو أنّ رجلاً أتى القاضي وقال: إن لي على فلان حقّاً، وهو في منزله قد توارى عنّي وليس يحضر معي فيسأل الطالب من القاضي الختم والتسمير على بابه، يكلّفه القاضي إقامة البيّنة على أنّه في منزله ، فإذا أحضر شاهدين وقالا: إنّه في منزله فيسألهما القاضي من أين علمتما ذلك ، لأنّ هذه شهادة متضمّنة للعقوبة وهو الختم على بابه فيحتاط القاضي بالسؤال ، فإن قالا: رأيناه اليوم أو أمس أو منذ ثلاثة أيّام فإنّه يقبل ذلك ويأمر بالختم ، وإن تقادمت الرؤية لا يقبل والصحيح أنّه مفوّض[2] إلى رأي القاضي ، هكذا ذكره الشيخ الإمام شمس الأئمّة الحلواني رحمه الله.

(٢٠٧) ثمّ كما يسمّر الباب الذي من جانب السكّة يسمّر الباب الذي من جانب السطح لأنّ المقصود جعل الدار سجناً عليه حتّى يظهر.

(٢٠٨) فإن قال الطالب بعد ما ختم الباب ومضى أيّام: إنّه جلس في داره ولم يحضر فانصَب له وكيلاً حتّى أُقيمَ البيّنة عليه قال[3] أبو يوسف رحمه

١- انظر: الفتاوى الهندية ٣/ ٣٣٨ والبحر الرائق ٦/ ٣٠٤.

٢- الفتاوى الهندية ٣/٣٣٦ وشرح أدب القاضي ٢/ ٣٢٦ -٣٢٧.

٣- انظر: شرح أدب القاضي ٢/ ٣٢٩ إنّ المسألة مذكورة هناك باختلاف يسير في باب نصب الوكيل عمّن حبس في منزله.

الله: يبعث القاضي رسولاً مع الشاهدين ليشهدا بما جرى عند القاضي ، فينادي الرسول على بابه ثلاثة أيام كلّ يوم ثلاث مرّات وقت جلوس القاضي أو قريباً منه ، يا فلان بن فلان إنّ القاضي يقول لك: احضر مع خصمك فلان بن فلان بمجلس الحكم وإلاّ نصبنا لك وكيلاً وقبلنا البيّنة عليك ، فإن لم يحضر نصب له وكيلاً ، لأنّه حينئذٍ يكون إذناً للقاضي بالتوكيل دلالة ، قال الخصّاف رحمه الله قال غير أبي يوسف لا أرى أن أنصب عنه وكيلاً ، ولم يبيّن من هو ، واختلف المشائخ فيه ، منهم من قال: أراد به قول محمّد وأكثرهم قالوا: أراد به قول أبي حنيفة رحمه الله: فإنّه روى ابن سماعة في النوادر عن محمّد مثل قول أبي يوسف رحمه الله فكان المراد منه قول أبي حنيفة رحمه الله ، وكان القاضي الإمام سيف السنّة أبو علي النسفي رحمه الله يقول[1]: رأيت في بعض رواية النوادر عن أبي حنيفة مثل قول أبي يوسف ، فثبت أنّ المخالف غيره ، ولكن نصّ في المنتقى في مواضع أنّ عند أبي حنيفة رحمه الله لا يقضى عليه.

وذكر في العيون من توجّه عليه القضاء ببيّنة قامت عليه وعدّلت فاختفى، قال أبوحنيفة رحمه الله: لا يقضى عليه ، وقال أبو يوسف رحمه الله في الأمالي: يقضى عليه، وقال محمّد رحمه الله: يقدّر عليه ثلاثة أيام ينادى على بابه فإن خرج قضي عليه ، وإن غاب لم يقض عليه ، وذكر الصدر الشهيد رحمه الله في "باب أخذ الكفيل من أدب القاضي" إذا غاب بعد ما سَمِع القاضي

١- راجع الفتاوى الهندية ٣/٣٣٦.

عليه البيّنة أو قامت البيّنة على الوكيل بالخصومة قبل أن يقضي القاضي عليه أو غاب أو مات ثمّ زكّيت البيّنة لا يقضى بتلك البيّنة.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يقضى ، وهو اختيار الخصّاف ، قال الشيخ الإمام شمس الأئمّة الحلواني رحمه الله: وهو أرفق بالناس فلو أقر ثمّ غاب يقضى عليه إجماعاً ، وذكر[1] في الباب الحادي والسبعين من أدب القاضي أنّه إذا سمع بيّنة الطالب على الوكيل ثمّ مات الوكيل وحضر الموكّل فإنّ القاضي يحكم عليه بتلك البيّنة.

(٢٠٩) وذكر[2] في الجامع الأصغر: دار مشتركة بين ورثة ، ولآخر دعوى على أحد الشركاء فاستغاث الطالب بالسلطان حتّى سمّر الباب هل لسائر الشّركاء أن يرفعوا إلى الحاكم ليرفع المسمار ، قال الشيخ الإمام أبو القاسم الصفّار يرفع لأنّ التسمير على باب دار مشتركة لأجل واحد منهم بمعزل عن عدل.

(٢١٠) وفي شهادات الفتاوى: سئل الشيخ الإمام أبو نصر رحمه الله عمّن امتنع عن الخروج إلى القاضي وهو يسكن الدار المستأجرة أيُسَمَّر؟ قال: لا ، وذكر صاحب الذخيرة: الصحيح أنّه يسمّر ، لأنّ فيه إحياء حقّ ولا

١- انظر: شرح أدب القاضي الباب الحادى والسبعين ٣/٤٤٢.

٢- انظر: الفتاوى الهندية ٣/٣٣٨ ، والبحر الرائق ٦/٣٠٤.

ضرر على المؤجر ، لأنّ المستأجر هو الذي امتنع عن الخروج والدار مسلّمة إليه فلا يسقط الأجر بامتناعه[1].

(٢١١) وذكر الشيخ الإمام[2] الفقيه أبو الليث رحمه الله في مجموع النوازل في كتاب الشهادات: أنّ المديون إذا كان يسكن في دار زوجته وأبى الخروج إلى الحاكم فالقاضي يُسمِّر الباب عليه.

(٢١٢) وذكر في الحاوي[3]: سئل الشيخ الإمام الفقيه أبو بكر الإسكاف رحمه الله[4] عمّن وجب له دين على آخر فسعى به إلى السلطان

١- انظر: الفتاوى الهندية ٣٣٨/٣ الباب الحادي عشر في العدوى وتسمير الباب.

٢- انظر: الفتاوى الهندية ٣٣١/٣ كذا ذكره هناك هذه المسألة نقلاً عن مجموع النوازل.

٣- الحاوي: قال الإمام أبو الحسنات محمّد عبد الحي اللكنوي رحمه الله في حواشي الأشباه للسّيد أحمد الحموي عند شرح الدّيباجة قيل: الحاوي لأصحابنا اثنان ، الحاوي القدسي أظنّه لرجل متأخّر ، كان يسمّى قاضي القدس ولا أعرف تفصيل ترجمته.
والحاوي الحصيري: وهو للشيخ محمّد بن أنوش الحصيري كان من تلامذة شمس الأئمّة السرخسي وترجمته بذيل تاريخ بغداد للسمعاني و لم يذكره عبدالقادر في طبقاته ولا الشيخ قاسم بن قطلوبغا ا هـ.
أقول يعني الحاوي الثالث: وهو الحاوي الزاهد مؤلّفه صاحب القنية وهو عزيز الوجود، ورأيت عند بعض شيوخنا منه نسخة.
قلت: ذكر ابن الشحناء في هوامش الجواهر: أنّ الحاوي القدسي للقاضي جمال الدين أحمد بن محمّد بن نوح القابيسي الغزنوي الحنفي المتوفى في حدود سنة ٦٠٠ هـ وإنّما قيل له القدسي لأنّه صنّفه في القدس نقلته من خطّ تلميذه الحسن بن علي النحوي ا هـ.
كذا نقله صاحب الكشف ثمّ قال: ورأيت على ظهر نسخة منه أنّ مصنّفه الإمام محمد الغزنوي: أوّله الحمد لله الذي هدانا لدين الإسلام... إلخ ، ثمّ ذكر صاحب=

فختم السلطان على أبوابه من غير أن يجد من المديون توارياً هل له ذلك؟ من العلماء من قال: "له ذلك" وإن تعطّلت مستغلاّته ومياهه في ضياعه حتّى يضيق الأمر عليه ، فقيل أيفتي الشيخ بهذا؟ قال نعم ، لو كان لا تعطّل غلاّته لا يقوم بقضاء حقّ صاحب الحقّ.

(٢١٣) وفي شهادات فتاوى الشيخ الإمام أبي بكر[1] بن الفضل رحمه الله: إذا ثبت الحقّ عند القاضي وتعذّر عليه استخراج ذلك منه كان على السلطان معونتهم على ذلك.

=الكشف الحاوي للزاهدي مختار بن محمود الغزميني ، أوّله: الحمد لله الذي أوضح معالم العلوم إلخ .. ثمّ ذكر الحاوي في الفروع لنجم الدين أبي شجاع وأبي الفضائل بكير التركي المتوفي سنة ٦٥٢ وذكر ابن أمير حاج في شرح منية المصلّي أنّ مصنّف الحاوي القدسي فرغاني ١ هـ انظر الفوائد البهية /٢٤٦-٢٤٧.

٤- أبو بكر الإسكاف: محمّد بن أحمد أبو بكر الإسكاف البلخي ، إمام كبير جليل القدر أخذ الفقه عن محمّد بن سلمة عن أبي سليمان الجوزجاني ، وتفقّه عليه أبو بكر الأعمش محمّد بن سعيد مات سنة ٣٣٦ هـ في السنّة التي مات فيها أبو القاسم الصفّار، ونقل الشيخ عبد الحي اللكنوي في الفوائد البهية عن الفقيه أبي الليث في آخر النوازل أن وفاته كانت في سنة ٣٣٣ هـ.

انظر: الفوائد البهية /١٦٠ ، الجواهر المضيئة ٧٦/٣، ١٥/٤-١٦.

١- أبو بكر الفضل: هو محمّد بن الفضل أبو بكر الكماري ذكره صاحب الهداية في الكراهية الكمّاري بفتح الكاف والميم تُشبه النسبية وهي اسم لجدّ بعض العلماء ، العلاّمة الكبير تفقّه على الأستاذ أبي محمّد عبد الله بن محمّد بن يعقوب السّبذموني=

[الهجوم على الخصم]

(٢١٤) وذكر صاحب الأقضية: أنّ المدّعي إذا أراد الهجوم على الخصم بأن توارى خصمه في مترله ، قال بعض أصحابنا رحمهم الله: لايسع للقاضي الهجوم وهو اختيار الشيخ الإمام شمس الأئمّة الحلواني رحمه الله ، وقال بعض مشايخنا رحمهم الله: يبعث القاضي معه أمينين ومعهما أعوانه من الرجال والنساء ، فيهجمون عليه بغتة فيقوم أعوان القاضي حول البيت من جانب السكّة ومن جانب السطح حتّى لايمكنه الهرب ، فيدخل النساء أولاً ويأمرن حرم[1] المطلوب حتّى يدخلن في زاوية ، ثمّ يدخل الأعوان فيفتّشون الدار غرفها وما تحت السرير والسرداب ، وتفتش النساءُ النساءَ ، وقد روي عن أبي يوسف رحمه الله أنّه كان يفعله وقت قضائه.

(٢١٥) وبهذا قال بعض مشائخنا رحمهم الله: إذا سمع صوت الفساد من بيت إنسان لا بأس بالهجوم عليه لأنّه أمر بالمعروف ونهي عن المنكر ،

=وتفقه عليه القاضي أبوعلي الحسين بن الخضر النسفي والإمام الحاكم عبد الرحمن بن محمّد الكاتب والإمام الزاهد عبد الله الخيزأخزى والإمام إسماعيل الزاهد ، قال الحاكم: في تاريخ نيسابور ، ورد نيسابور وأقام بها متفقّهاً ثمّ قدمها حاجّاً فحدّث بها وكتب ببخاري في سنة ٣٥٩ هـ وعقد له مجلس في الإملاء.

ومات رحمه الله ببخارى يوم الجمعة لست بقين من شهر رمضان سنة ٣٨١هـ وهو ابن ثمانين سنة ، الجواهر المضيئة ٣/٣٠٠-٣٠١-٣٠٢.

١- في نسخة بـ "حرم خدم المطلوب".

وعامّة مشائخنا رحمهم الله على أنّه لا يجوز الهجوم على إنسان لأنّ فيه هتك ستر المسلم وحرمة محارمه[1].

(٢١٦) وذكر في الواقعات: قاضٍ أخبر أنّ فلاناً طلّق امرأته ثلاثاً أو استرقّ الحرّ، إن كان المخبران عدلين، ينبغي للقاضي أن يطلبه أشدّ الطلب، لأنّه ثبت عنده ما هو منكر بحجّة شرعيّة، وإن كان المخبر عدلاً واحداً وكان أكبر رأيه أنّه صادق فالأفضل أن يطلبه وإن لم يطلبه وسعه، وإن لم يكن المخبر عدلاً لم يكن عليه شيء.

١- انظر: شرح أدب القاضي ٣٣٧/٢ -٣٣٨ باب الهجوم على منزل الخصم المتواري في منزله، ذكرت هذه المسألة باختلاف يسير، والفتاوى الهندية ٣٣٧/٣ الباب الحادي عشر في العدوى وتسمير الباب.

الفصل الثاني

(في بيان الأمر بالحبس[1] والملازمة)

وهذا الفصل مشتمل على أنواع :

النوع الأوّل : في بيان من يحبس ومن لا يحبس

(٢١٧) قال محمّد رحمه الله في كتاب الحوالة[2] ويحبس في الديون كلّها، كائناً من كان ، من أخ أو عمّ أو خال أو زوج أو زوجة أو رجل أو امرأة مسلماً كان أو ذمّيّاً أو حربيّاً مستأمناً ، أو صحيحاً أو زمناً أو مقعداً أو أشلّ

١- دليل الحبس بالكتاب والسنّة والإجماع ، أمّا الكتاب فقوله تعالى : ﴿إنّما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض﴾ وموضع الاستدلال من الآية ﴿ أو ينفوا من الأرض﴾ فإنّ المراد بالنفي الحبس (الجامع لأحكام القرآن ٣/٢١٤٩-٢١٥٠).

ومن السنّة: ما رواه الترمذي وغيره عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جدّه أنّ النبي ﷺ حبس رجلاً في تهمة ثم خلى عنه (جامع الترمذي ٢/٤٣٥ وسنن أبي داود ٢/٢٨٢).

ومن الإجماع: فأجمعت الأمّة على مشروعية الحبس في جملته سداً للشر وقطعاً لدابر الفساد (البحر الرائق ٦/٣٠٧ ، فصل في الحبس ، الطرق الحكمية/١٠٤).

٢- انظر: المبسوط نصه: قال رحمه الله ويحبس الرجل في كلّ دين ما خلا دين الولد على الأبوين أو على بعض الأجداد فإنّهم لا يحبسون في دينه أمّا في دين غيرهم فيحبس ، (٢٠/٨٨) كتاب الحوالة باب الحبس في الدين ، وفي الخلاصة: ويحبس في كلّ دين ما خلا دين الولد على أحد من الأبوين أو الجدّ أو الجدّة غير أنّه يحبس في نفقة الصغير ٤/٤٤ وفي الفتاوى الهندية ٣/٤١٣.

أو أقطع اليدين ، لأنّ الدين يجب على هؤلاء ، وهذه العوارض لا تسقط المطالبة.

(٢١٨) قال: إلا أن يكون أباً أو أمّاً فإنّه لا يحبس واحد من الأبوين بدين الابن ، وكذلك لا يحبس الجدّ والجدّة وإن علوا ، وعن أبي يوسف: أنّه يحبس ، لأنّ سبب الحبس إنّما هو الظلم بمنع الحقّ عن المستحقّ وقد وجد.

وجه ظاهر الرواية أنّ الحبس إهلاك معنى فلا يجوز للابن أن يسعى فيما فيه إهلاك واحد من أبويه أو أجداده.

(٢١٩) قال: إلا أن يجب عليهما نفقته ، فكلّ من أجبر به على النفقة وأبى أحبسه أبا كان أو أماً أو جداً أو جدّة أو زوجاً، لأنّ في ترك الإنفاق عليهم سعياً إلى إهلاكهم ، ويجوز أن يحبس الوالد لقصده إتلاف الولد ويوضحه: أنّ النفقة إنّما تجب عليه لأولاده الصغار أو الرجال الكبار الزمناء إذا كانوا معسرين لعجزهم عن التكسّب[1] فمنع الإنفاق عليهم سعي إلى إهلاكهم فلهذا يحسبون بذلك.

(٢٢٠) وأمّا المكاتب والعبد التاجر و الصبيّ الحرّ المأذون له في الحبس بمنزلة ما وصفنا ، أمّا المكاتب فلأنه حرّ يداً ، وأمّا العبد التاجر فلأنه هو المخاطب بقضاء الدين من كسبه ، وأمّا الصبيّ الحرّ بمنزلة الرجل في الحبس ، هكذا ذكر ههنا.

(٢٢١) وذكر في بعض المواضع: الغلام التاجر الذي لم يحتلم بمنزلة الرجل في الحبس ، وذكر في بعض المواضع لو أنّ غلاماً لم يراهق الحلم استهلك لرجل

١- وفي نسخة "الكسب".

مالاً وله دار وأرض ولا أب له ولا وصيّ لم يحبس لذلك ، ولكنّ القاضي إن شاء يجعل له وكيلاً يبيع بعض ماله حتّى يوفي الطالب دينه ، وإن شاء يحبس تأديباً له لا عقوبة حتّى ينزجر ولا يعود بمثله ، ألا ترى أنّه يضرب على ترك الصلاة تأديباً حتّى يعتاد الصلاة، وإن كان له أب أو وصيّ فإنّه يحبس ، وبعض مشائخنا رحمهم الله مالوا إلى الحبس مطلقاً وجعلوه كالبالغ ، وكان الشيخ الإمام المعروف بخواهر زاده رحمه الله يقول: إذا كان له وصيّ يحبس تأديباً له وإضجاراً لوصيّه ، لأنّ حبس الصبي لم يشرع للتأديب وحده بل شرع تأديباً وإضجاراً للأب أو الوصي ، لأنّ كلّ واحد منهما يلام ظاهراً على إبقاء الصبيّ في الحبس ، وحبس الصبيّ أولى من حبسهما، لأنّ الجناية وجدت من الصبيّ وإن لم يكن له أب أو وصيّ لم يحبس لما ذكرنا.

(٢٢٢) وأمّا إذا كان الصبيّ محجوراً عليه واستهلك لرجل مالاً فإن كان له أب أو وصيّ يحبس بدينه يعني الأب أو الوصيّ ، لأنّ قضاء الدين الذي على الصغير يكون عليهما ، وإن لم يكن له أب أو وصيّ نصب القاضي قيّماً ليبيع ماله بقدر الدين ويوفي الغرماء حقّهم.

(٢٢٣) والعبد لا يحبس لمولاه ، لأنّ المولى لا يستوجب على عبده ديناً، وكذا لا يحبس المولى لعبده إذا لم يكن عليه دين ، أمّا إذا كان العبد مديوناً حبس فيه ، لأنّ اكتسابه يكون حقّاً للغرماء ، وحبس المولى لحقّ الغرماء جائز[1].

١- الفتاوى الهندية ٣/٤١٣.

(٢٢٤) ويحبس المكاتب للمكاتب إذا لم يكن دينه من جنس بدل الكتابة ، لأنّه إذا كان من جنس بدل الكتابة فقد ظفر بجنس حقّه فصار قصاصاً ، أمّا إذا كان من غير جنس بدل الكتابة فقد لا يقع المقاصّة ، والمكاتب في حقّ اكتسابه بمنزلة الحرّ ، قال بعض مشائخنا رحمهم الله: ينبغي أن لا يحبس المولى فيه أصلاً ، ولا يحبس المكاتب لمولاه بدين الكتابة ، لأنّ له أن لا يؤدّي فيردّ نفسه في الرّقّ ، وإن كان عليه دين غير بدل الكتابة يحبس فيه: لأنّه لا يتمكّن من فسخ الكتابة بسبب ذلك الدين ، قال بعض مشايخنا رحمهم الله: يجب أن يكون الجواب فيهما سواء ، لأنه في جميع الأحكام لم يفرّق بينهما في حقّ المولى ، ولكن في ظاهر الرواية فرق بينهما ، لأنّ بدل الكتابة لم يعتبر ديناً على الحقيقة لأنّه صلة من وجه فلا يحبس[1] فيه ، بخلاف سائر الديون ، والله أعلم.

النوع الثاني : فيما ينبغي للقاضي أن يصنع بالمطلوب قبل الحبس

(٢٢٥) ذكر[2] الخصّاف رحمه الله في أدب القاضي: رجل قدّم رجلاً إلى القاضي فثبت له ما عليه ، إمّا بإقرار أو ببيّنة فالقاضي لا يحبسه ما لم يطلب المدّعي حبسه ، وقال شريح رضي الله عنه يحبسه ، فإذا طلب المدّعي حبسه

١- راجع الفقرات ٢١٦ إلى ٢٢٢ ، خلاصة الفتاوى ٤٤/٤ والفتاوى الهندية ٤١٢/٣-٤١٣ الباب السادس والعشرون في الحبس والملازمة . فقد ذكر هذه المسائل بعبارات أخرى.

والفتاوى الخانية على هامش الهندية ٣٧٤/٢ وردّ المحتار ١٢٣/٨ ، كتاب القضاء مطلب في حبس الصبي .

٢- انظر: شرح أدب القاضي ٣٦٠/٢.

فإنّ القاضي يتأنّى في حبسه ولا يعجّل ويأمره بالخروج إليه من حقّه ، فإن لم يفعل وأعاد إليه يريد حبسه ، ذكر في غريب الرواية لا يحبسه ما لم يشهد الشاهدان على غنائه لأنّ الناس كلّهم فقراء ما لم يظهر الغنى.

(٢٢٦) وفي ظاهر الرواية يحبسه إذا طلب الطالب حبسه إلاّ أنّ الخصّاف رحمه الله سوّى[1] بين الدين الثابت بالإقرار وبين الثابت بالبيّنة والمذهب[2] عندنا أنّ في الإقرار لا يحبسه في أوّل وهلة ، وفي البيّنة يحبسه ، والفرق أنّ الحبس إنّما يجب باعتبار مماطلة الغني ، فإذا أقرّ لم يظهر منه مماطلة، أمّا إذا جحد الدين حتّى احتاج الدّائن إلى إثباته بالبينة وجد المماطلة.

(٢٢٧) فإذا جاء أوان الحبس هل يسأل القاضي المدّعى عليه ألك مال أم لا ؟ قال[3] الخصّاف رحمه الله: الصواب عندي أن لا يحبس حتّى يسأله ألك مال؟ فإن أقرّ أنّ له مالاً حبسه وإن قال: لا مال لي ينبغي للقاضي أن يقول للطالب: أثبت أنّ له مالاً حتّى أحبسه، وهو مذهب بعض القضاة.

١- انظر: شرح أدب القاضي ٣٦٠/٢.

٢- انظر: المصدر السابق ٣٦٠/٢ والهداية مع الفتح ٢٦٠/٧ -٢٦١ وفي فتح القدير نقلاً عن شمس الأئمّة السرخسي عكس هذا ، وهو أنّه إذا ثبت بالبيّنة لا يحبسه لأوّل وهلة لأنّه يعتذر بأنّي ما كنت أعلم أنّ عليّ ديناً له بخلافه بالإقرار لأنّه كان عالماً بالدين و لم يقض حتّى أحوجه إلى شكواه . الهداية مع الفتح ٢٦٠/١٠-٢٦١.

٣- انظر: شرح أدب القاضي ٣٦١/٢

(٢٢٨) وإن طلب المديون من القاضي أن يسأل المدّعي عن يساره وإعساره يسأله بالإجماع[1] فإن سأل المديون من القاضي أن يسأل القاضي من الدّائن وزعم الدّائن أنّه موسر وزعم المديون أنّه معسر قال الخصّاف رحمه الله: القول قول المديون ، لأنّ العسرة أصل في بني آدم والمديون متمسّك بالأصل.

(٢٢٩) وإن أخبر عدل واحد أو اثنان عن إعساره قبل الحبس فعن محمّد رحمه لله فيه روايتان[2] ، في رواية لا يحبسه القاضي وبه كان يفتي الشيخ الإمام الأجل أبو بكر[3] بن محمّد الفضل رحمه الله ، وهو قول إسماعيل بن حمّاد بن أبي حنيفة رحمهم الله ، هكذا قال نصر[4] بن يحيى ، قال الفقيه أبو بكر الإسكاف وعامّة مشائخ ما وراء النهر يحبسه القاضي ولا يلتفت إلى هذه البيّنة ، لأنّ البيّنة على الإعسار بيّنة النفي فلا تقبل إلاّ إذا تأيّدت بمؤيّد ، وقبل الحبس ما تأيّدت بمؤيّد ، وبعد ما حبس ومضت عليه مدّة فقد تأيّدت بمؤيّد ، لأنّ الظاهر أنّه لو كان قادراً على قضاء الدين لما تحمّل مرارة الحبس.

١- انظر: المصدر السابق ٣٦١/٢.

٢- انظر: الهداية مع الفتح ٢٦٥/٧ كتاب أدب القاضي باب الحبس.

٣- أبو بكر محمّد الفضل: لعلّ اسمه أبو بكر الفضل واسم أبيه محمّد وقد ذكر القرشي في الجواهر المضيئة اسم أبي بكر الفضل رقم ١٨٩٦ ، ٢٣/٤ فقال:"أبو بكر الفضل ذكره صاحب القنية وعلّم "بف" وكثيراً ما يذكره في الكتاب بتجريد الكنية فقط ، وترجمته في الطبقات السنيّة برقم ٢٨٣٣ ، وهو من رجال القرن الثالث.

٤- نصر بن يحيى: وقيل نصير بن يحيى ، تفقّه على أبي سليمان الجوزجاني عن محمّد ، روى عنه أبو الغياث البلخي ، مات سنة ثمان وستين ومائتين ، الجواهر المضيئة ٥٤٦/٣ ، الفوائد البهية /٢٢١.

(٢٣٠) وقال بعضهم: إن كان الدين وجب بدلاً عمّا ليس بمال، فالجواب كذلك ، لأنه حينئذٍ لم يعرف قدرته على قضاء الدين فبقي متمسّكاً بالأصل ، والذي يؤكّد هذا القول ما نصّ محمّد رحمه الله في كتاب النكاح[1] أنّ المرأة إذا ادّعت على زوجها أنّه موسر وادّعت نفقة الموسرين ، وزعم الزوج أنّه معسر وعليه نفقة المعسرين ، القول قول الزوج ، وكذلك نصّ في كتاب العتاق[2] أنّ أحد الشريكين إذا أعتق العبد المشترك وزعم أنّه معسر كان القول قوله ، لأنّ هذا الضمان وجب بسبب لم يدخل في ملكه شيء بذلك السبب ، وإن كان وجب بدلاً عمّا هو مال ، فالقول قول الدائن ، ونسب الخصّاف رحمه الله هذا القول إلى أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، ونسب القاضي الإمام المنسوب إلى "إسبيجاب" إلى الفقيه أبي جعفرالهندواني رحمه الله.

(٢٣١) وقال بعضهم إن لزمه الدين بعقد باشره فالقول قول الدائن ، وإن لزمه حكماً لا بمباشرة العقد فالقول قول المديون ، ونسب الشيخ الإمام شمس الأئمّة السرخسي رحمه الله هذا القول إلى الفقيه أبي جعفر رحمه الله.

١- انظر: المبسوط ، نصه: وإذا اختلف الزوج والمرأة فقال الزوج: أنا فقير وقالت المرأة: هو غني فالقول قول الزوج مع يمينه وعلى المرأة البيّنة ، كتاب النّكاح ١٩٣/٥.

٢- انظر: المبسوط ، نصه: وإذا أعتق أحد الشريكين العبد ثمّ اختلفا فقال المعتق: أعتقه وأنا معسر عام أوّل ثمّ أصبت مالاً بعد ذلك ، وقال الآخر بل أعتقته عام أوّل وأنت موسر فالقول قول المعتق ، كتاب العتاق ١٢٠/٧.

(٢٣٢) وقال بعضهم: يحكم فيه بالزيّ ، إن كان عليه زيّ الفقراء كان القول قول المديون ، وإن كان عليه زيّ الأغنياء كان القول قول الدّائن إلاّ في حقّ العلويّة والفقهاء ، ونسب الشيخ الإمام شمس الأئمّة الحلواني رحمه الله هذا القول إلى الفقيه أبي جعفر رحمه الله.

(٢٣٣) فعلى هذا القول إن كان على المديون زيّ الفقراء وادّعى الدّائن أنّ هذا غيّرَ زيّه وقد كان عليه زيّ الأغنياء قبل أن يحضر مجلس القضاء ، فالقاضي يسأله البيّنة على ذلك فإن أقام البيّنة سمع القاضي وجعل القول قوله ، وإن لم يمكنه الإقامة يحكم بزيّه ويجعل القول قول المديون[١].

(٢٣٤) قال قاضي القضاة فخر الدين رحمه الله: والفتوى[٢] على أنّه إن كان الدين وجب بدلاً عمّا هو مال فالقول قول مدّعي اليسار، وإن وجب بدلاً عمّا ليس بمال فإن وجب بعقد باشره باختياره فكذلك لوجود دليل اليسار وهو المبادلة أو التزام الدين باختياره ، وإلاّ فالقول قول مدّعي الإعسار لإنعدام دليل اليسار حينئذٍ.

(٢٣٥) ثمّ متى توجّه الحبس على المديون ، وحبسه القاضي يكتب القاضي أو نائبه اسمه ونسبه في ديوانه واسم من يحبس لأجله ومقدار الدين الذي حبس به والتاريخ.

١- انظر: شرح أدب القاضي ٣٦١/٢ إلى ٣٦٦ والفتاوى الهندية ٤١٢/٣-٤١٣.

٢- انظر: فتاوى قاضيخان على هامش الفتاوى الهندية ٣٧٣/٢ والفتاوى الهندية ٤١٣/٣ وشرح أدب القاضي ٣٦٦/٢ باب كتابة اسم المحبوس.

(٢٣٦) وأمّا[1] اسم المحبوس ونسبه لأنّ الطالب ربّما يطالب القاضي بتسليم المحبوس إليه فلابدّ أن يعرف القاضي اسمه ونسبه حتّى يطالب السجان بتسليمه إليه ، وأمّا اسم من حبس لأجله لأنّه ربّما يدّعي إنسان آخر أنّه حبس في دينه فيخرجه وخصمه[2] غيره ، وأمّا مقدار الحقّ لأنّه ربّما يجيء المحبوس بمال قليل وقال حبستني بهذا المقدار ودفعه إلى القاضي فيهرب ، وأمّا التاريخ لأنّه ربّما يحتاج إلى أن يسمع البيّنة على إفلاسه فلابدّ أن يعرف انقضاء تلك المدّة ، وإنّما يعرف ذلك بالتاريخ[3].

النوع الثالث : فيما ينبغي للقاضي أن يصنع بالمطلوب بعد الحبس

(٢٣٧) ذكر في أدب القاضي[4]: أنّ البيّنة على الإفلاس مقبولة بالإجماع ، وإنّما اختلفوا في أنّ القاضي هل يقضي بالإفلاس أم لا ؟ قال أبو حنيفة رحمه الله: لا يقضي ، وقال أبو يوسف ومحمّد رحمهما الله يقضي.

(٢٣٨) ولكن إنّما يقبل البيّنة على الإفلاس بعد ما مضى مدّة على حبسه ، حتّى أنّ المطلوب إذا أقرّ بالدين ولكن يزعم أنّه مفلس لا يسمع القاضي بيّنته ، لأنّ وقت إقامة البيّنة على الإفلاس في أصحّ الروايتين بعد الحبس.

١- وفي نسخة "يكتب".

٢- وفي نسخة "خصمه".

٣- انظر: شرح أدب القاضي ٣٦٦/٢ -٣٦٧ باب كتابة اسم المحبوس ، والفتاوى الهندية ٤١٤/٣ قد ذكر هذه المسألة بألفاظ مختلفة.

٤- انظر: شرح أدب القاضي باب البيّنة على الإفلاس بعد الحبس ، نصه : ثمّ البيّنة على الإفلاس بعد الحبس مقبولة بالإجماع ٣٦٧/٢.

(٢٣٩) ثمّ اختلفت الروايات في تقدير تلك المدّة ، عن محمّد رحمه الله أنّه قدّرها بشهرين أو ثلاثة ، وعنه أيضاً أنّه قدّرها بأربعة أشهر وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنّه قدّرها بستّة أشهر برواية الحسن عنه وبرواية الطحاوي عنه أنّه قدّرها بشهر[١] ، وكثير من مشائخنا رحمهم الله أخذوا برواية[٢] الطحاوي.

(٢٤٠) وقال محمّد في كتاب الكفالة[٣] والحوالة: كان أبو حنيفة رحمه الله يقول إذا حبس الرجل شهرين أو ثلاثة في الدين سأل عنه.

(٢٤١) وبعض مشائخنا رحمهم الله قالوا[٤] : ينظر إلى المحبوس إن كان صاحب عيال يشكو عياله إلى القاضي البؤس وضيق النفقة وكان ليّناً عند جواب خصمه ، حبسه شهراً ثمّ يسأل عن حاله ، وإن كان وقحاً عند جواب خصمه ، وعرف تمرّده ، أو رأى عليه علامة اليسار حبسه أربعة أشهر إلى ستّة أشهر ثمّ يسأل ، وإن كان فيما بين ذلك حبسه شهرين إلى ثلاثة أشهر ثمّ

١- انظر: المصدر السابق ٣٦٧/٢.

٢- انظر: شرح أدب القاضي ٣٦٧/٢-٣٦٨ وفيه قال شمس الأئمّة الحلواني: ما قاله الطحاوي أوفق الأقاويل في هذا الباب ، والخانية على هامش الهندية ٣٧٣/٢.

٣- انظر: المبسوط: ونصه قال أبو حنيفة رحمه الله إذا حبس الرجل شهرين يسأل عنه وإن شاء سأل عنه في أوّل ما يحبسه ، باب الحبس في الدين ٨٩/٢٠.

٤- راجع: شرح أدب القاضي ٣٦٨/٢-٣٦٩.

يسأل ، وبه كان يفتي[1] الصدر الإمام الأجل أستاذ الأئمّة ظهير الدين المرغيناني رحمه الله وهو يحكى عن عمّه شمس الإسلام الأوزجندي.

(٢٤٢) وكثير من المشائخ قالوا[2] ليس هذا بتقدير لازم ، وفي رواية هشام عن محمّد ما يدلّ على هذا القول ، فقد ورى هشام عنه أنّ القاضي يسأل عن حال المحبوس ولم يعتبر في ذلك مدّة ، لأنّ الحبس للإضجار ، وذلك ممّا يختلف فيه أحوال الناس فيكون ذلك مفوّضاً إلى رأي القاضي ، فإن وقع في رأيه أنّه يضجر بهذه المدّة ويظهر المال إن كان له مال ولم يظهر يسأل عن حاله ، فإذا سأل وظهرت عسرته أخرجه من الحبس.

(٢٤٣) وإن أخبره بذلك عدل واحد ثقة يكفي والاثنان أحوط.

(٢٤٤) ولا يحتاج إلى لفظة الشهادة ، بل إذا أخبر بذلك يكفي ، هذا إذا لم يكن الحال حال منازعة بين الطالب والمطلوب في اليسار والإعسار.

(٢٤٥) أمّا إذا كانت الحالة حالة المنازعة لابدّ من إقامة البيّنة فإن شهد شاهدان أنّه معسر خلّى سبيله ، ولا تكون هذه الشهادة شهادة على النفي ، لأنّ الإعسار بعد اليسار أمر حادث فيكون شهادة بأمر حادث[3].

١- انظر: الفتاوى الهندية ٤١٥/٣.

٢- انظر: الهداية مع الفتح كتاب أدب القاضي باب الحبس ٢٦٤/٧ وشرح أدب القاضي ٣٦٨/٢ والخانية ٣٧٣/٢.

٣- راجع: لفقرة ٢٤١، ٢٤٢ ، ٢٤٣ ، الفتاوى الهندية ٤١٥/٣ والبزّازية على هامش الهندية ٢٢٦/٥

(٢٤٦) وذكر[1] الخصّاف رحمه الله في كتاب الوقف كيفيّة الشهادة على الإفلاس فقال: ينبغي للشهود أن يشهدوا أنّه فقير لانعلم له مالاً ولا عرضاً من العروض يخرج بذلك من حدّ الفقر.

(٢٤٧) وذكر هلال[2] رحمه الله في كتاب[3] الوقف" إذا شهد الشهود بعد مضي المدّة أنّه فقير ، فالقاضي لا يخلي سبيله حتّى يسأل في السرّ فإن خالف خبر السرّ شهادة الشهود أخذ بخبر العدول في السرّ لأنّه مثبت ، وإن قال المحبوس: أنا معدم وطلب يمين الطالب أنّه

١- انظر: " كتاب أحكام الأوقاف في باب الوقف على فقراء القرابة وما يجب في ذلك ونصه: إذا شهدوا أنّه فقير لا يعلمون له مالاً ولا عرضاً من العروض يخرج بملكه لذلك من حال الفقر حكم له بالفقر/٦١.

٢- هلال: هو هلال بن يحيى بن مسلم الرأي البصري قيل له: هلال الرأي لسعة علمه وكثرة فهمه كما قيل ربيعة الرأي ، أخذ الفقه عن أبي يوسف وزفر رحمهما الله وروى عن أبي عوانة وابن المهدي وعنه أخذ بكار بن قتيبة وعبد الله بن قحطبة والحسن بن أحمد بن البستام ، له "مصنّف في الشروط وأحكام الوقف" مات سنة ٢٤٥ هـ (الفوائد البهية /٢٢٣ ، تاج التراجم /٣١٢ ، ٣١٣).

٣- انظر : الفتاوى الهندية وفيه: أنّه ذكر هلال في كتاب الوقف: إذا شهد الشهود بعد مضي مدّة أنّه فقيرفالقاضي لا يخلي سبيله حتى يسأل في السرّ وأنّه حسن، فإن وافق خبر السرّ شهادة الشهود لا يخلي سبيله أيضاً حتّى استحلف المحبوس ثمّ يخلي سبيله ، وإن خالف خبر السرّ شهادة الشهود ، أخذ بخبر العدول في السرّ كذا في المحيط ٤١٧/٣.

لايعرف أنّه معدم فالقاضي يحلّفه ، إن نكل أطلقه وإن حلف أبّد الحبس، وذكر[1] الشيخ الإمام شمس الأئمّة الحلواني رحمه الله في كتاب الحدود و لم يذكر محمّد في شيء من الكتب كيفيّة الشهادة على الإفلاس.

(٢٤٨) وحكى عن أبي القاسم أنّه قال[2]: ينبغي أن يقولوا: نشهد أنّه مفلس معدم لا نعلم له مالاً سوى كسوته التي عليه وثياب ليله وقد اختبرنا أمره في السرّ والعلانيّة ، فإن شهد شهود المديون أنّه مفلس وأقام الدّائن شهوداً أنّه موسر فالبيّنة بيّنة الدّائن.

(٢٤٩) قال شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله: هذا السؤال من القاضي بعد ما حبسه احتياط ، وليس بواجب ، لأنّ الشهادة بالإعسار شهادة بالنفي والشهادة بالنفي ليست بحجّة ، ولكن لو سأل كان أحوط وأنفى للتهمة عن القاضي.

(٢٥٠) قال صاحب الذخيرة رحمه الله: ما ذكر محمّد رحمه الله مشكل، لأنّ ربّ الدين لما أقام البيّنة على يساره ، واليسار لا يثبت إلاّ

١- راجع: المصدر السابق ٣/٣١٧.

٢- راجع: البزازية ، وفيه : وعن الصفّار يشهدون أنّه مفلس معدم ، لا نعلم له مالاً سوى كسوته وثياب ليله واختبرناه سراً وعلانيّة ، باب الحبس ٥/٢٢٦ وخلاصة الفتاوى ٤/٤٦ والهداية مع الفتح ٧/٢٦٦.

بالملك ، وقد تعذّر القضاء ههنا بالملك ، لأنّ الشهود لم يشهدوا بمقدار الملك، وإن بيّنوا مقدار الملك لا يمكن القضاء أيضاً بالملك لجحوده الملك لنفسه[1].

النوع الرابع : فيما ينبغي للقاضي أن يصنع مع المطلوب في الحبس

[دواعي إخراج المحبوس]

(٢٥١) قال ينبغي للقاضي أن لا يُخرج المحبوس في الدين بمجيء شهر رمضان ولا الفطر ولا الأضحى ولا الجمعة ولا لصلاة مكتوبة [2] ولا لحجّة فريضة ولا لحضور جنازة بعض أهله ، وإن أعطى كفيلاً لنفسه.

(٢٥٢) وذكر الشيخ الإمام الفقيه علي بن زيد الطبري[3] رحمه الله في نوادره[4] فقال: سألت محمّد بن الحسن رحمه الله عن المحبوس إذا مات له والد

١- قال البابرتي : قال شيخ الإسلام هذا سؤال من القاضي عن حال المديون بعد ما حبسه احتياط وليس بواجب ، لأنّ الشهادة بالإعسار شهادة بالنفي وهي ليست بحجّة، فللقاضي أن يعمل برأيه ، ولكن لو سأل كان أحوط ، قيل ، محمّد رحمه الله قبل البيّنة على اليسار وهو لا يثبت إلاّ بالملك وتعذّر القضاء به ، لأنّ الشهود لم يشهدوا بمقداره........ العناية ٢٦٥/٧ كتاب أدب القاضي باب الحبس).

٢- راجع البزّازية على هامش الهندية ٢٢٤/٥.

٣- لعل الصحيح علي بن يزيد الطبري ، لم أجد في الفوائد البهية ولا في الجواهر ذكره ، ولكن ذكر حاجي خليفة اسم علي بن يزيد الطبري في تذكرة النوادر الفقهية فقال ، ونوادر داود بن رشيد رواية محمّد بن الخوارزمي وعلي بن يزيد الطبري عن محمّد من أصحاب محمّد بن الحسن ١٩٨١/٢ كشف الظنون.

٤- وصنّف جماعة نوادر في الفروع منهم محمّد بن شجاع البلخي الحنفي المتوفي سنة "٢٦٦" وبشر بن رستم "هو إبراهيم بن رستم أبو بكر المروزي الحنفي المتوفي سنة=

أو ولد هل يخرج من حبسه قال: لا إلاّ أن لا يجد من يكفّنه ويغسله فليخرج حينئذٍ ، لأنه لزمه القيام بذلك لحقّ الوالدين ، وليس في هذا القدر من الإخراج كثير ضرر بالطالب ، أمّا إذا كان ثمّة من يقوم بذلك لا معنى لإخراجه ، لأنّ حق الميّت يصير مقاماً بغيره.

(٢٥٣) قال علي بن زيد: ولا يخرج لغير الوالدين والمولودين ، لأن لا حقّ لهم عليه[٢].

[جنون المحبوس]

(٢٥٤) وحكي عن الشيخ الإمام أبي بكر الإسكاف رحمه الله أنّه قال: إذا جُنّ المحبوس في السجن لم يخرجه الحاكم فقيل له: أليس قد رفع القلم

١- وصنّف جماعة نوادر في الفروع منهم محمّد بن شجاع البلخي الحنفي المتوفي سنة "٢٦٦" وبشر بن رستم "هو إبراهيم بن رستم أبو بكر المروزي الحنفي المتوفي سنة= ="٢١١" وابن سماعة وهشام ابن عبيد الله المازني المتوفى سنة ٢١٠ ، والشيخ الإمام أبو نصر سعد بن أبي القاسم القطان الحنفي المتوفى ...... وهو تأليف مختصر جعل معظمه في الفروع وللشيخ أبي عبد الله محمّد بن شجاع الثلجي فقيه العراقين "وهو البلخي المذكور آنفا" ، المتوفى سنة ٢٦٢ اثنين وستين ومائتين ، ونوادر داود بن رشيد رواية محمّد ابن الخوارزمي وعلي بن يزيد الطبري عن محمّد من أصحاب محمّد بن الحسن ، ولأبي سعيد عبد الملك بن قريب الأصمعي المتوفي سنة ٢١٦ هـ وابن دريد ونوادر المعلا ذكره في التاتارخانية "مكرّر".

٢- انظر: الفتاوى الهندية على هامش البزّازية: في باب نوع في المعاملة معه.

نصه: وعن محمد رحمه الله أنّه يخرج في والده وولده لا في غيرهما إذا لم يكن من يقوم عليهما وإلاّ لا ٥/٢٢٤.

عنه[1]؟ فقال: النائم قد رفع القلم عنه ، ومع هذا لايخرج، قيل له: إنّ المقضي عليه بالقصاص إذا جُنّ سقط عنه عقوبة القصاص فلم لا يسقط عقوبة الحبس عنه بعذر الجنون ، قال: لأنّ القصاص يندرئ بالشبهات بخلاف الدين .

[مرض المحبوس]

(٢٥٥) وذكر الخصّاف في أدب القاضي: أنّ المحبوس في السجن إذا مرض مرضاً أضناه..... إن كان له خادم يخدمه لا يخرج من السجن لأنّ الحبس إنّما شرع للإضجار ، وبالمرض يزداد ضجره فيزداد مسارعته إلى قضاء الدين.

(٢٥٦) ولا يخرج للمعالجة ، فإنّ المعالجة في السجن وفي مترله سواء ، هكذا روي[2] عن محمّد رحمه الله حتّى قيل له: وإن مات فيه؟ قال: وإن مات، فقيل له وإن لم يكن له من يخدمه قال أخرجه بكفيل، وعن أبي يوسف رحمه الله،أنّه لا يخرجه لأنّ الهلاك لو كان إنّما يكون بسبب المرض فإنّه في السجن وغيره سواء[3].

١- راجع: المصدر السابق فقد ذكر صاحب البزّازية قوله ، فقال: قال أبوبكر الإسكاف، "إذا جنّ لا يخرج" وما ذكر التفصيل المذكور في الكتاب ٥/٢٢٤ (الفتاوى الهندية ٣/٤١٨).

٢- انظر: الهندية ٣/٤١٨ والبزّازية على هامش الهندية ٥/٢٢٤ وخلاصة الفتاوى ٤/٤٤.

٣- والفتوى على قول محمّد رحمه الله فقد صرّح في الخلاصة والفتوى على رواية محمّد ٤/٤٥ وتابعه على ذلك صاحب البزّازية ٥/٢٢٤ على هامش الهندية وفي الهندية أيضاً ٣/٤١٨.

[حقوق المحبوس]

(٢٥٧) وذكر في الكيسانيات قال[1] محمّد رحمه الله: المحبوس يتنوّر في السجن ولا يخرج إلى الحمام لأنّه ليس في التنوير إبطال حقّ المدّعي وفيه إزالة التفث عنه.

(٢٥٨) ولو احتاج إلى المباشرة لا بأس بأن تدخل زوجته وجاريته السجن فيطؤها بحيث لا يطّلع عليه أحد، لأنّ قضاء شهوة الفرج من أصول الحوائج فلا يمنع عنه كالأكل والشرب، وذكر ابن شجاع[2] في نوادره عن حسن بن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله يمنع المحبوس عن وطء الحرائر والإماء، لأنّه ليس من أصول الحوائج ألا ترى أنّه يعيش بدون ذلك ويبقى بخلاف الأكل والشرب[3].

(٢٥٩) ولا يمنع من التزوّج، لأنّه إذا تزوّج ومنع عن الوطء يزداد ضجره، ولا يمنع من دخول الزوّار عليه من أهله وجيرانه ولايمنع من البيع والشراء لما فيهما من سرعة قضاء الدين.

١- انظر: الخانية ٣٧٤/٢ والبزّازية ٢٢٤/٥-٢٢٥.

٢- ابن شجاع: محمّد بن شجاع أبو عبد الله الثلجي تفقّه على الحسن بن أبي مالك والحسن بن زياد وبرع في العلم كان فقيه العراق في وقته والمقدّم في الفقه والحديث مع الورع والعبادة، مات فجاءة سنة "سبع وستين ومائتين" ساجداً في صلاة العصر، وله كتاب لصحيح الآثار وكتاب النوادر وكتاب المضاربة وكتاب الرّدّ على المشبهة وغيرها، وله ميل إلى مذهب المعتزلة، الفوائد البهيئة /١٧١.

٣- ذكر ابن البزّاز رحمه الله "وعن الإمام رحمه الله أنّه يمنع من الوطء بخلاف الأكل لأنّه ضروري، البزّازيّة على هامش الهندية ٢٢٥/٥ وخلاصة الفتاوى ٤٥/٤.

(٢٦٠) وذكر الصدر[1] الشهيد رحمه الله أنّ في منع المحبوس عن الاكتساب اختلاف المشائخ ، قال بعضهم: لا يمنع لما فيه نظر من الجانبين، وقال بعضهم يمنع وهو اختيار[2] الشيخ الإمام شمس الأئمّة السرخسي رحمه الله، وإليه أشار الخصّاف رحمه الله وقال: لو ترك حتّى يكتسب في السجن لا يلحقه الضجر ، لأنّ السجن حينئذٍ يصير بمنزلة الحانوت ، وقال قاضي القضاة: الفتوى[3] اليوم على أنه لا يمنع من الاكتساب ، ويمنع من الوطء وسائر أنواع التنعّم.

١- لم أجد هذه العبارة في شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ولكن وجدت في الفتاوى الهندية والبزّازية والخانية قد ذكروها باختلاف يسير ، انظر: الهندية ٣١٨/٣ ، البزّازيّة ٢٢٥/٥ والخانية ٣٧٤/٢ وقد ذكر طاهر البخاري أيضاً ، انظر خلاصة الفتاوى ٤٥/٤.

٢- انظر: المبسوط ٨٩/٢٠ ، ونصه كما يأتي: ولا يجوز إقراره بعد ذلك ولا بيعه ولا شراؤه.

٣- نقل المصنّف عن قاضي القضاة ، الفتوى اليوم على أنّه لا يمنع من الاكتساب ، وقد ذكر في الهندية مثل هذا ، نقلاً عن القاضي فخر الدين ، فقال: وفي الكبرى وقال القاضي فخر الدين الفتوى اليوم على أنّه لا يمنع من الاكتساب ، ولم أجد هذه العبارة في الخانية ، بل ذكر عكس هذا ، فقال : إذا أراد المحبوس أن يحترف اختلفوا فيه ، قال شمس الأئمّة السرخسي رحمه الله تعالى: الصحيح أنّه يمنع وقال غيره لا يمنع ، أقول: والمذهب الصحيح والمعتمد عندنا ما ذكره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في المبسوط ٨٩/٢٠ ، أنّ المسجون يمنع من الاكتساب. =

[المحبوس بالدين]

(٢٦١) وذكر[1] في نوادر ابن سماعة عن محمّد رحمه الله ، إذا مات رجل وفي الورثة صغير وكبير وللميّت على رجل دين فحبسه الابن الكبير ثمّ أراد أن يطلقه لم يطلقه القاضي حتّى يستوثق للصغار، لأنّ للصغار فيه نصيباً والقاضي نصب ناظراً لهم.

(٢٦٢) ولو حبس بدين وله على الناس ديون يخرجه القاضي حتّى يدّعي عليهم ، لأنّه ربّما يقع سبباً لقضاء دينه ، فإن لم يحصل له منهم شيء يحبسه ثانياً.

=وكذا قال طاهر البخاري في خلاصة الفتاوى: والأصحّ أنّه يمنع ، وكذا في البحر ٢٨٣/٦ وفي البزّازيّة أيضاً ذكر هذا القول فقال: ويمنع من الكسب في الأصحّ ٢٢٥/٥.

وصوّب وصحّح هذا القول ابن عابدين في حاشيته على الدرّ المختار ، فقال: ولا يكتسب فيه وهو الصواب ، لأنّ التعبير بقيل يفيد الضعف ، وقد صرّح في البحر وغيره بأنّ الأصحّ المنع ، وفي شرح أدب القضاء عن السرخسي رحمه الله أنّه الصحيح من المذاهب ، لأنّ الحبس مشروع ليضجر ومتى تمكّن من الاكتساب لايضجر فيكون السجن له بمنزلة الحانوت ٣١٤/٤.

١- انظر: الفتاوى الهندية ٤١٨/٣ مثله في البزّازيّة على هامش الهندية ٢٢٦/٥ وخلاصة الفتاوى ٤٦/٤.

(٢٦٣) وذكر ابن سماعة[1] في المنتقى عن محمّد رحمه الله: رجل عليه دين وهو معسر وله دين على رجل مليء فإنّ الحاكم يُجبر المعسر حتّى يتقاضى له على غريمه الموسر ويقضي عن نفسه، فإن فعل وحبس غريمه الموسر فإنّ الحاكم لا يحبس المعسر بما عليه، لأنّه قضى ما عليه في تقاضي دينه.

(٢٦٤) وقال[2] أبو يوسف رحمه الله: إذا كان للمعسر دين على غيره أخذ القاضي غريمه به، وقضى دين غرمائه.

(٢٦٥) وذكر ابن سماعة[3] عن محمّد في المحبوس بالدين إذا علم أنّ للمحبوس مالاً في بلدة أخرى ولا مال له في هذه البلدة يؤمر ربّ الدين أن يخرجه من السجن ويأخذ منه كفيلاً على قدر المسافة، فإن أخرجه ولم يخرج إلى ذلك الموضع حبسه ثانياً.

(٢٦٦) وإن كان الطالب غائباً وقامت البيّنة على إعسار المحبوس بعد ما مضت المدّة في الحبس فالقاضي لا ينتظر حضور الغائب، بل يخرجه من السجن ويأخذ منه كفيلاً[4].

١- انظر: الفتاوى الهندية ٣/٤٢٠.

٢- راجع: الهندية ٣/٤٢٠.

٣- انظر: الفتاوى الهندية ٣/٤٢٠ والبزّازية على هامش الهندية ٥/٢٢٨ والفتاوى الخانية على هامش الهندية ٢/٣٧٥ والبحر الرائق ٦/٣١١.

٤- انظر: شرح أدب القاضي للصدر الشهيد رحمه الله وفيه:

قال: ولو أنّ رجلاً حبس غريماً له، ثمّ غاب فسأل القاضي عن المحبوس فوجده معدماً قال: يأخذ منه كفيلاً، ويخلي سبيله. يريد به إذا مضت المدّة، =

لأنّه إذا ثبتت عسرته كان استدامة حبسه ظلماً والقاضي نصب لدفع الظّلم لا لإنشائه.

(٢٦٧) وإذا قامت[1] البيّنة على إعسار المحبوس فقبل أن يقضى بعسرته أطلقه ربّ الدين ، وطلب المطلوب من القاضي أن يقضي بعسرته ببيّنة أقامها بحضرة ربّ الدين حتّى لا يحبسه ربّ الدين ثانياً ، ولا دائن آخر، أجابه القاضي إلى ذلك.

(٢٦٨) إذا حبس[2] في دين رجل ثمّ جاء آخر يطالبه بالدين يخرجه القاضي لأنّه إنّما حبسه بدين الأوّل نظراً للدّائن الأوّل ، وهذا المعنى قائم في حقّ الثاني ، فإن ثبت دين الثاني ببيّنة أو بإقراره كتب اسمه أيضاً مع الأوّل أنّه محبوس بدين فلان وفلان ، حتّى إذا قضى دين أحدهما يحبسه الآخر.

= وسأل القاضي عن حاله فوجده مفلساً ، أمّا "يخلي سبيله" فلأنّه ربّما يغيب الطالب ويخفي نفسه ويريد به أن يطول حبسه فيتضرّر.

وأمّا "يأخذ منه كفيلاً" فلأنّه لو كان المدّعي حاضراً كان له حقّ الملازمة بعد ما خلّى القاضي سبيله نظراً للمدّعي ، فإن كان غائباً يأخذ منه كفيلاً أيضاً نظراً للمدّعي ، شرح أدب القاضي ٢/٣٧٣.

١- انظر: الفتاوى الهندية ٣/٤١٧.

٢- انظر: الفتاوى الهندية ٣/٤١٤.

(٢٦٩) وإن كان محبوساً بدين لرجلين فأدّى إلى أحدهما دينه لم يخرج من السجن حتّى يؤدّي ما للآخر عليه ، لأنّه لو تفرّد بالدعوى كان له أن يحبسه ، فكذلك له أن يديم حبسه ليصل إلى حقّه.

(٢٧٠) وهذه المسألة دلّت على أنّ للمحبوس أن يؤثر بعض الغرماء على البعض ، وقد نصّ في فتاوى النسفي على ذلك والمذكور ثمّة رجل عليه ألف درهم لثلاثة نفر لواحد منهم خمسمائة ولواحد منهم ثلاثمائة ولواحد منهم مائتان ، فاجتمع الغرماء في مجلس القضاء ، وحبسوه بديونهم ، وماله خمسمائة ، كيف يقسم ذلك بينهم؟ قال: إذا كان المديون حاضراً فله أن يقضي ديونهم بنفسه ، وله أن يقدّم البعض على البعض، ويؤثر البعض على البعض لأنّه يتصرّف في خالص ملكه ، فجاز تصرّفه على حسب مشيئته ، وإن كان المديون غائباً والدين ثابت عند القاضي ، فالقاضي يقسم ماله بين الغرماء بالحصص إذ ليس للقاضي ولاية تقديم بعضهم على البعض[١].

(٢٧١) ولا ينبغي[٢] للقاضي أن يضرب محبوساً في دين ، ولا يقيده ولا يقيمه في الشّمس ولا يجرّده ، لما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنّه قال:

١- انظر: الفقرة ٢٦٧-٢٦٨ ، الفتاوى الهندية ٤١٧/٣.

٢- انظر: الدرّ المختار ونصه: "ولا يضرب ولا يغلّ ولا يجرّد ولا يؤاجر ولا يقام بين يدي صاحب الحقّ إهانة" ٥٧/٨-٥٨ والفتاوى الهندية ٤١٤/٣ والبزّازية ٢٢٤/٥.

ليس في هذه الأمّة ضغن ولا حسد ولا غلّ ولا تجريد[1] ،والضّغن نوع من العقوبة على المطلّ والحسد القشر ويقال: فرس ضاغن لا يعطي ما عنده من الجري إلاّ بالضرب: هكذا ذكره صاحب متن اللغة[2].

(٢٧٢) وذكر ابن سماعة[3] عن محمّد رحمه الله في رجل حبسه القاضي في بعض الأمر فلا يزال يهرب من السجن قال: إن استيقن بذلك يؤدّبه بأسواط حتّى ينتهي عن ذلك ، فيكون عظة لغيره لأنّه ظهر عنده هتك حرمة سجن القاضي.

(٢٧٣) وإذا علم أنّه يفرّ من السجن حوّله إلى سجن اللصوص لأنّه إذا فرّ من السجن ربّما ينفلت معه أهل السجن ، فيكون فيه إتلاف حقّه وحقوق الناس فيكون هو كالداعر ، والداعر يحبس في سجن اللصوص ، لأنّ الداعر من يخاف الناس منه على النفس أو المال أو على كليهما ، فحينئذٍ هو يحبس في السجن حتّى يظهر منه التوبة ، ألا ترى! أنّ الله تعالى أمر في حقّ قُطاع الطريق بالحبس الدائم لما أنّه يخاف الناس منهم على أموالهم في الطريق ، وإن كان المحبوس يخاف من أهل سجن اللصوص بأن كان

١- وحكى الأزهرى عن ابن الأعرابي: الحسود القُراد ، ومنه أخذ الحسد، يقشر القلب كما يقشر القراد الجلد.

٢-لم أجد كتاب متن اللغة ، ولكن قال ابن منظور في لسان العرب: وفرس ضاغن وضغن: لا يعطي كلّ ما عنده من الجري حتّى يضرب (٢٥٥/١٣) هكذا في الصحاح للجوهري.

٣- انظر: كتاب شرح أدب القاضي ٣٧٥/٢-٣٧٦ والبزّازية على هامش الهندية ٢٢٥/٥ وقاضيخان ٣٧٤/٢-٣٧٥.

بينهما عداوة ، لا يحوّل إليهم لما فيه من خوف الهلاك والإهلاك غير مستحقّ عليه[1].

النوع الخامس: في بيان الأمر بالملازمة وتفسيرها وبيع مال المديون المحبوس

[ملازمة المدين]

(٢٧٤) وذكر صاحب الأقضية: إذا ثبت عند القاضي إعسار المحبوس بعلم نفسه أو بالسؤال أو بإقامة البيّنة ، على ما ذكرناه من ترتيب قبول البيّنة قبل مضيّ مدّة الحبس أو بعده ، فأخرجه من الحبس لا يحول بين الطالب وغُرَمائه ، بل يلازمونه ولا يمنعونه من التصرّف ، لقوله عليه السلام: "لصاحب الحقّ يد و لسان" أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي.

(٢٧٥) وذكر في الهداية[2]: إذا فلّسه الحاكم حالَ بينه وبين الغرماء عند أبي يوسف ومحمّد رحمهما الله إلاّ أن يقيموا البيّنة أنّ له مالاً ، لأنّ القضاء بالإفلاس يصحّ عندهما ، ويثبت العسرة فيستحقّ النّظِرة إلى الميسرة ، وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يتحقّق القضاء بالإفلاس لأنّ المال غاد ورائح ، ولأنّ وقوف الشهود على المال لا يتحقّق إلاّ ظاهراً فيصلح للدفع لإبطال الحقّ في الملازمة.

١- راجع لهذه المسألة شرح أدب القاضي ٢/٣٧٥-٣٧٦ والخانية ٢/٣٧٥ والبزّازية ٥/٢٢٥.

٢- في أدب القاضي للصدر الشهيد: قال في الكتاب: قال بعض أصحابنا: إذا فلّسه القاضي ، وأخرجه من السجن حال بينه وبين خصمه ، ولم يدعه أن يلزمه ٣/٧١.

(٢٧٦) وذكر في أدب القاضي في آخر الباب السابع والثلاثين قال في الكتاب: قال أصحابنا إذا فلّسه القاضي وأخرجه من السجن حال بينه وبين الطالب ، ولم يَدَعْه أن يلازمه.

(٢٧٧) وعن إسماعيل بن حمّاد بن أبي حنيفة رحمهم الله أنّه يحول بينه وبين الملازمة ، ولكنّه يأخذ منه كفيلاً كما في الابتداء، وإذا امتنع من إعطاء الكفيل فإنّه يلازمه[١].

(٢٧٨) قال هشام: سألت محمّداً رحمه الله عن رجل أخرج من الحبس على تفليس ، فرأي محمّد الملازمة وأشار إلى معنى فقال: لعلّ عنده شيئاً لاعلم لنا به ، قال هشام: قلت له: إن كانت الملازمة تضرّ بعياله ، وهو ممّن يكتسب في سقي الماء في طوفه ، قال: آمر صاحب الحقّ أن يوكّل غلاماً له يكون معه، ولا أمنعه عن طلب قدر قوت يوم له ولعياله.

١- قال الصدر الشهيد في أدب القاضي ههنا مسألتان لم يذكرهما صاحب الكتاب:
إحداهما: أنّ المدّعى عليه إذا لم يكن له مال فإن أقرّ المدّعي بذلك حتّى لم يحبسه القاضي ، هل يمنع المدّعي من ملازمته ، قال عامّة العلماء: لا (يمنع) وقال إسماعيل بن حمّاد: يمنع.
وهو احتجّ بقول علي رضي الله عنه: فإن لزمته كنت له ظالماً لأنّه معسر والمعسر مستحقّ للنظرة إلى الميسرة ، فصار كما لو استحقّ النظرة بالتأجيل ولو أجله صاحب الدين لا يمكنه الملازمة كذا هذا.
وعامّة العلماء احتجّوا بحديث أبي بن كعب فإنّ النبي ﷺ رآه لازم غريماً له عند سارية فلم ينكر عليه ، وقال عليه الصلاة والسلام: لصاحب الحق اليد واللسان ، وأراد باليد الملازمة وأراد باللسان التقاضي واستدلّوا بقول علي رضي الله عنه "ولا أحول بينك وبينه" ولأنّه ربّما يظهر له مال فيظفر به متى لازمه ٢/٥٩-٣٥٧.

وكذلك إن كان يعمل في سوقه قال: وإن شاء تركه أيّاماً ثمّ لازمه ، قلت له : فإن كان عاملاً يعمل بيده قال: إن كان عملاً يقدر أن يعمله حيث يلازمه لازموه وهو ثمّه يعمل ، وإن كان عملاً لا يقدر إلاّ على الطلب خرج وطلب ، وإن كان في ملازمته ذهاب قوته وقوت عياله أمر به أن يقيم له كفيلاً بنفسه، ثمّ يخلّي سبيله فليسترزق الله تعالى[1].

(٢٧٩) ثمّ تفسير الملازمة[2] أن يدور معه حيث ما دار لايفارقه، أو يبعث معه أميناً حتّى يدور معه أينما دار ، لكنّ لا يجلسه في موضع لأنّ ذلك حبس وهو غير مستحقّ عليه ، ولا يشغله عن التصرّف بل هو يتصرف ، والمدّعي يدور معه والطالب لا يمنعه من الدخول على أهله ، بل يدخل المطلوب على أهله ، والطالب الملازم يجلس على باب داره ، هكذا ذكر في الذخيرة والإبانة.

(٢٨٠) وذكر في الزيادات: أن المطلوب إذا أراد أن يدخل بيته فإمّا أن يأذن المدّعي في الدخول معه أو يجلس معه على باب الدار، لأنّه لو تركه حتّى يدخل الدار وحده ربّما يهرب من جانب آخر ، وذكر في الأقضية ليس له أن يمنعه عن دخوله في بيته لغائط أو غذاء إلاّ إذا أعطاه الغذاء وأعدّ موضعاً آخر فحينئذٍ له أن يمنعه عن دخوله منزله[3] . وذكر فيه أيضاً: أنّ الملزوم إذا كان

١- ذكر في الهندية ٤١٦/٣ ، من قوله: وكذلك إن كان يعمل إلخ ، مع تغيّر يسير ، فانظره.

٢- انظر: خلاصة الفتاوى للإمام طاهر بن عبد الرشيد البخاري ٤٧/٤.

٣- ونقل الصدر الشهيد في شرح أدب القاضي: ولو أراد الدخول في داره للأكل والشرب أو الوضوء، فلا يمكن للمدعي من الدخول معه فإنّ الإنسان=

ممّن يمكنه العمل ليكفي نفقة نفسه وعياله ولا يمنعه اللزوم من ذلك كان لـــه أن يلازمه.

وإن كان فقيراً وعمله سقي الماء ليس لصاحب الحقّ أن يمنعه عن ذلــك إلاّ إذا كفاه نفقته ونفقة عياله ، وأعطاه إيّاه كان له أن يمنعه عـــن ذلــك ، وكذلك إذا كان الملزوم يطوف به في الأسواق والسكك من غير حاجة حتّـى يتضرّر به المدّعي وعلم ذلك منه كان للطالب أن يهيّأ له بيتاً ويلازمــه فيــه ولكن أعطاه نفقته ونفقة عياله.

(**٢٨١**) وذكر في نوادر أبي يوسف: أنّه إذا لازم الطـــالب المطلــوب بغلامه ، وأبى الغريم أن يجلس معه وقال لا أجلس إلاّ مع الطالب فله ذلك لأنّ الحبس والملازمة إنّما شُرع لإيصال الحقّ إلى المدّعي ، فله أن يختار ما هو أنظر له[١].

(**٢٨٢**) وذكر ابن سماعة عن محمّــد رحمه الله أنّــه قــال: للمدّعــي أن يحبسه في مسجد حيّه وإن شاء في بيته ، وقال القاضي الإمام الأستاذ ســيف السنّة أبو علي النسفي رحمه الله[٢]: المذهب عندنا أنّ الطالب لايلازم المطلوب في المسجد لأنّ المساجد بنيت لذكر الله تعالى لا للملازمة.

=قد يحتاج إلى الخلوة في بعض الأمور فلا يكون للمدّعي أن يمنعه عن ذلك فيجلس على باب الدار فإذا خرج لازمه ودار معه٣/٦٩.

١- انظر: خلاصة الفتاوى ٤/٤٧ ، له أن يلازمه بنائبه أو أجيره أو غلامه.

٢- ونقل الصدر الشهيد في شرح أدب القاضي: ثمّ قال صاحب الكتاب: لأنّ الملازمــة إنّما تكون في المساجد ، وقال القاضي الإمام أبو علي النسفي: وليس هذا مذهبنا ،=

(٢٨٣) وعن عمرو بن عمرو عن محمّد رحمهم الله: قالوا في المعسر لصاحب الحقّ أن يلازمه حيث أحبّ من المصر، قال الصدر الإمام أستاذ الأئمّة ظهير الدين رحمه الله: الأصح ما ذكر في رواية أخرى عن محمّد رحمه الله أنّه لا يلازمه في موضع معيّن ، لأنّه حبس وليس له أن يحبسه ولكنّه يلازمه حيث ما كان.

(٢٨٤) وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله: أنّ الطالب لا يلازم المطلوب بالليالي ، لأنّ فائدة الملازمة أنّ المطلوب إذا اكتسب شيئاً فالطالب يأخذ من ذلك والليالي ليست بوقت الكسب ، حتّى لو كان الرجل ممّن يكتسب في الليالي يلازمه في الليالي ، ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة ، فالخيار إلى الطالب[1] لأنّه أبلغ في حصول المقصود باختياره لا ضيق عليه ، إلاّ إذا علم القاضي أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بيّن فحينئذٍ يحبسه دفعاً للضرر عنه.

=لأنّ المساجد إنّما بنيت لذكر الله تعالى وإقامة الصلاة فيها فمن جوز الملازمة في المسجد لا يحمدها ٣/٦٩.

١- في شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ، وإذا ثبت أنّ لصاحب الدين حقّ ملازمة الغريم فالخيار إليه دون المطلوب إن شاء حبسه وإن شاء لازمه ، لأنّ الحبس أو الملازمة مشروع لإيصال حقّه إليه ، وطبائع الناس تختلف في هذا فكان الخيار إليه ٣ / ٦٨.

(٢٨٥) ولو كان دين الرجل على المرأة لا يلازمها لما فيه من الخلــوة بالأجنبيّة ولكن يبعث امرأة أمينة تلازمها ، وذكر ابن رستم عن محمّد رحمهما الله يلازمها في موضع لا يخاف عليها الفتنة إن شاء برجال وإن شاء بنســاء ، وهذا في النهار ، أمّا في الليالي فلا يلازمها لا محالة ، فالحاصل أنّها تلازم على وجه يقع الأمن عن الفتنة من كل وجه[1].

[بيع مال المديون المحبوس]

(٢٨٦) وأمّا بيع مال المديون المحبوس قال صاحب الأقضية المحبــوس في الدين إذا امتنع من قضاء الدين وله أموال لا يبيع القاضي مالـــه في الديـــن ، ولكن يستديم حبسه إلى أن يبيع بنفسه ويقضي الدين عند أبي حنيفة رحمه الله، وعند أبي يوسف ومحمّد رحمهما الله يبيع القاضي ماله ويقضي دينه.

وذكر عن ابن سماعة عن محمّد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمـــهم الله في رجل حبسه القاضي في دين لرجل عليه دراهم وله دنانير ، قال يبيعها القـاضي ويوفي صاحب الدين حقّه ، ولو كان له عروضاً لايجوز له بيعها ، وقال أبـــو يوسف ومحمّد رحمهما الله: يبيع العروض والعقار والأصل عندهما أنّ كلّ مـن

١- في شرح أدب القاضي للصدر الشهيد: وإذا كان الحقّ لرجل على امرأة فإنّ المدّعــي لا يلازمها ، لأنّ تفسير ملازمتها أن يدور معها أيّما دارت ولا يحبسها في موضــع فإذا كان كذلك فيخلو بها ، والخلوة بالأجنبيّة حرام ، لكن يبعث معها أمينــاً مــن أمنائه من النساء جارية أو إمرأة حتّى تلازمها فتدور معها حيث ما دارت٢/٣٧٥.

وجب عليه حقّ وامتنع عن إيفاء ما كان مستحقاً عليه ، ذلك ممّا يجري فيه النيابة فالقاضي يقوم مقامه في إيفاء ذلك الحقّ المستحقّ عليه كالذمي إذا أسلم عبده فالقاضي يجبره على البيع إن امتنع عن ذلك ، وكالعنين بعد مضى المدّة يأمره القاضي بالتفريق، فإن امتنع ينوب القاضي منابه في ذلك ، وكذلك إذا أسلمت امرأة الذمّي فالقاضي يعرض الإسلام على الزوج فإن أبى أمره بالتفريق، وإن امتنع ناب منابه في ذلك ، وأبوحنيفة رحمه الله يقول: المستحقّ عليه قضاء الدين ، أمّا بيع ماله فغير مستحقّ عليه ، لأنّ القدرة على قضاء الدين تثبت بأسباب منها الاستقراض والاستيهاب والاكتساب فليس للقاضي أن يعيّن عليه طريق البيع لأنّ في ذلك إضراراً بالمدّعى عليه ، ألا ترى! أنّه لا يزوّج المديونة ليقضي الدين من مهرها وإن كان يتوصّل إلى قضاء الدين بذلك.

[مؤاجرة المديون لأداء الدين]

(٢٨٧) وكذلك لا يؤاجر المديون وإن كان يتوصّل إلى قضاء الدين بالأجرة ، لأنّ الإجارة لم تتعيّن طريقاً لقضاء الدين ، لأنّ المديون ما دام حيّا فالدين واجب في ذمّته لا تعلّق له بماله ، فلا يثبت للقاضي اليد على ماله ، وفي المنتقى عن أبي يوسف رحمه الله: أنّ المديون إذا أبى أن يقضي ما عليه إن كان ممّن يعمل بيده أو له عمل معروف ، فإنّه يؤاجر ويؤخذ الأجر ، ويقضى به الدين ، إذا ثبت هذا فنقول: إن كان مال

المديون من جنس الدين بأن كان ماله دراهم والدين دراهم فإنّ القاضي يقضي الدين من ماله ، لأنّ صاحب الدين لو ظفر بجنس حقّه كان له أن يأخذها ، فللقاضي أن يعينه على ذلك، وإن كان الدين دراهم وماله دنانير فالقياس أن لا يقضى منه دينه على قول أبي حنيفة رحمه الله ، وفي الاستحسان يبيع الدنانير بالدراهم ويقضي دينه منها ، وجه القياس أنّهما جنسان مختلفان حقيقة وحكماً ، فلا يكون له أن يبيعهما بذلك الدين كالعروض ، واختلاف المجانسة بينهما ظاهر حقيقة وحكماً ، أمّا حقيقة فلا خفاء فيه وأمّا حكماً فلأنّه لا يجري الربا بينهما، وإذا ثبت اختلاف المجانسة بينهما ينبغي أن لا يكون للقاضي ولاية البيع والمبادلة لأنّه يكون تصرّفاً في ملك المديون بغير رضاه.

وجه الاستحسان أنّهما جنسان مختلفان من حيث العين، ولهذا لا يجري الربا بينهما ، ولكنّهما من حيث المالية جنس واحد فإنّهما خُلقا للتقلّب والتصرّف وكونهما ثمناً للأشياء ، ولهذا يكمّل نصاب أحدهما بالآخر في باب الزكاة ، ففي كلّ حكم يرجع إلى العين فهما جنسان ، وفي كلّ حكم يرجع إلى المالية فهما جنس واحد ، وحقّ صاحب الدين في العين ، ولهذا لم يكن له ولاية المطالبة إلاّ بعين الدراهم وإن كان له حقّ في المالية من وجه ، ولكن من حيث أنّ حقّه في العين لا يثبت له حقّ الأخذ ، ومن حيث أنّ حقّه في المالية

يثبت له حقّ الأخذ فلا يثبت له حقّ الأخذ بالشكّ والاحتمال ، وولاية القاضي إنّما تثبت من حيث المالية ، وهما في المالية كشيء واحد ، فكان له ولاية المصارفة وقضاء الدين.

[بيع مال المديون بدينه]

(٢٨٨) وقد ذكر صاحب كتاب العين والدين: إنّ صاحب الدنانير إذا ظفر بدراهم من عليه الدين أو على العكس كان له أن يأخذ، هذا بيان مذهب أبي حنيفة رحمه الله ، أمّا على قول أبي يوسف ومحمّد رحمهما الله القاضي يبيع مال المديون بدينه ولكن يبدأ بدنانيره[١] إذا كان الدين دراهم وإن فضل الدين عن ذلك يبيع العروض أولاً دون العقار ، لأنّ العروض معدّة للتقلّب والتصرّف والاسترباح ولا يلحقه كثير ضرر في بيعه ، وإن لم يف ثمنه بدينه ، وفَضُلَ الدين عنه حينئذٍ يبيع العقار ، هذا على إحدى الروايتين عنهما، وفي رواية أخرى[٢] لا يبيع العقار أصلاً ، وقال بعضهم على

١- ولو ظفر بدنانير مديونه وله عليه دراهم ، هل يأخذ؟ في شرح الجامع الصغير فيه روايتان وفي شرح الطحاوي اعتمد أنّه لا يأخذ ، وفي الفتاوى الصغرى مال إلى رواية أخرى أنّه يأخذ (خلاصة الفتاوى ٤/٤٦).

٢- وأمّا عند أبي حنيفة فلا يبيع العروض والعقار بناء على مسألة الحجر على الحرّ عند أبي حنيفة لا يصحّ، وقال يصحّ .... وفي شرح عصام: لايبيع العقار للإجماع والخلاف المنقول وفي شرح القدوري في كتاب النفقات الخلاف في مال الحاضر أمّا في الغائب فلا يبيع العقار ولا العروض (خلاصة الفتاوى ٤/٤٦).

قولهما يبدأ ببيع ما كان أنظر له وبيع ما كان له نظر ، له بيع ما يخشى عليه التّوى والتلف من العروض ، وإن لم يف ثمنه بذلك يبيع ما لا يخشى عليه من العروض فإن لم يف ثمنه بذلك حينئذٍ يبيع العقار.

(٢٨٩) وإذا كان للمديون ثياب يلبسها ويمكنه أن يشترى بدون ذلك فإنّه يبيع ثيابه ويقضي الدين ببعض ثمنها ، ويشترى ثوباً يلبسه ، لأنّ لبس ذلك الثوب للتجمّل ، وقضاء الدين فرض عليه ، وعلى هذا القياس إذا كان له مسكن يمكنه أن يشتري بما دون ذلك يبيع ذلك المسكن ويشترى بما بقي مسكناً آخر ، وعلى هذا قال مشائخنا رحمهم الله أنه يبيع ما لا يحتاج إليه للحال ، حتّى أنّه يبيع اللبد[1] في الصيف والنطع[2] في الشتاء ، وإن كان له كانون من حديد أو صفر يبيعه في الصيف ويتّخذ كانوناً من طين ، ثمّ أيّ قدر يترك للمديون من ثيابه ويباع ما سواه ، لم يذكر محمّد رحمه الله هذا في شيء من الكتب.

وعن عمر بن عبد العزيز رحمه الله فيه ثلاث روايات ، في رواية قال: يترك ثيابه ومسكنه وخادمه ومركبه ، لأنّه يحتاج إلى ذلك كلّه ، وفي رواية قال يترك ثيابه ومسكنه وخادمه ، وبهذه الرواية أخذ بعض القضاة، وفي رواية قال: يباع جميع ماله ويؤاجر وتصرف غلته إلى غرمائه ، وظاهر رواية أصحابنا لا يؤاجر إلاّ رواية عن أبي يوسف رحمه الله ، ووجه

١- نوع من الألبسة يصنع من الصوف ، يستعمل في الشتاء للوقاية عن البرودة.

٢- نوع من الثياب يستعمل في الصّيف.

ظاهر الرواية أنّه لم يتعلّق حقّ الغرماء بمنافع بدنه فلا يؤاجر ، ولكن إن آجر هو نفسه وأخذ الأجرة يترك له قوت يومه وعياله ، ويصرف ماسوى ذلك إلى ربّ الدين ، ومن القضاة من قال: إن كان في موضع الحرّ يباع ما فوق الإزار ، لأنّ هناك الحاجة إلى ستر العورة لا غير وأنّه يحصل بالإزار ، فإن كان في موضع البرد يترك له مايدفع به ضرر البرد ، ومن المشائخ من قال[1]: يترك له "دست" من الثياب ويباع ما سوى ذلك ، وبه أخذ الشيخ الإمام شمس الأئمّة الحلواني رحمه الله ومنهم من قال: يترك له دستان من الثياب حتّى إذا غسل أحدهما لبس الآخر ، وهو اختيار الشيخ الإمام شمس الأئمّة السرخسي رحمه الله وذكر في أدب القاضي: أنّ المديون إذا كان له عقار يحبس حتّى يبيع ، ويقضى الدين وإن كان لا يشترى إلاّ بثمن قليل.

١- قال: ويترك دست جنان من الثياب ويباع الباقي بالدين فإن كان له ثياب حسنة يباع له ويشترى بقدر الكفاية ويصرف الباقي إلى الدين ولهذا قال: مشائخنا رحمهم الله يباع ما لا يحتاج في الحال حتّى قالوا يباع اللبد في الصيف والنطع في الشتاء (الصحيح) النّطع (خلاصة الفتاوى ٤/٤٥).

الفصل الثالث

في بيان مسائل الكفالة[1]

وهذا الفصل مشتمل على أنواع:

١- الكفالة لغة: الضم ، قال الله تعالى: {وكفلها زكريا} أي ضمها إلى نفسه - هذا المعنى ذكره الفقهاء والمطرزي والجرجاني والقاسم القونوي فقالوا، الكفالة: ضم ذمة إلى ذمة في حق المطالبة.

انظر: المغرب /٤١٢ ، كتاب التعريفات /٨٠ أنيس الفقهاء /٢٢٢ والهداية ٥/٢٩٠، كتاب الكفالة ، المبسوط ١٩/١٦٠ كتاب الكفالة و كذا يأتي في معنى الضمان ، كما قال ابن منظور وكفلها زكريا: أي ضمها إياه حتى تكفل بحضانتها ، انظر: لسان العرب ٥/٣٩٠٦ ، القاموس المحيط ٤/٤٦ ، مختار الصحاح/٢٣٩.

الكفالة في الشرع: هي ضم الذمة في المطالبة، انظر الهداية ٥/٢٩٠ كتاب الكفالة ، الفتاوى الهندية ٣/٢٥٢ كتاب الكفالة ، المبسوط ١١٩ -١٦٠ كتاب الكفالة.

والضمان ضم ذمة إلى ذمة ، والكفالة مثل ذلك ، ولا فرق بين الكفالة والضمان والعمالة والقبالة (روضة القضاة، للسمناني ٢/٤٥٠) ط: دار الفرقان، عمان.

وفي فتح القدير لابن الهمام: ومحاسن الكفالة جليلة وهي: تفريج كرب الطالب الخائف على ماله والمطلوب الخائف علىنفسه حيث كفيا مؤنة ما أهمهما وقر جأشهما وذلك نعمة كبيرة عليهما ولذا كانت الكفالة من الأفعال العالية حتى امتن الله تعالى بها حيث قال: وكفلها زكريا (آل عمران: ٣٧) في قراءة التشديد يتضمن الامتنان على مريم....... وسبب شرعيتها دفع هذه الحاجة والضرر الذي ذكرناه آنفا ، ودليل وقوع شرعيتها قوله تعالى: (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) (يوسف:٧٢) وقوله ﷺ: الزعيم غارم ، رواه أبو داود والترمذي وقال: حديث حسن، والإجماع (٧/١٥٣ ط: دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى ١٤١٥-١٩٩٥) .

النوع الأول

في بيان ركن الكفالة وشرط جوازها وحكمها

[ركن الكفالة]

(٢٩٠) أمّا ركنها[1] فالإيجاب والقبول عند أبي حنيفة ومحمّد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف رحمه الله أوّلاً ، حتّى أنّ عندهما الكفالة لاتتمّ بالكفيل وحده سواء كفّل بالمال أو بالنفس ما لم يوجد قبول المكفول له أو قبول أجنبي عنه في مجلس العقد ، أو خطاب المكفول له أو خطاب الأجنبي عنه، بأن قال الطالب لآخر: أكفل بنفس فلان لي ، فقال الآخر: كفّلت ، أو قال رجل أجنبي لغيره: أكفل بنفس فلان عن فلان لفلان ، فيقول ذلك الغير: كفلت يصحّ الكفالة ، ويبقى ماوراء المجلس حتّى لو أجاز المكفول له بعد تبدّل المجلس جاز ، وللكفيل أن يخرج نفسه عن الكفالة قبل أن يجيز الطالب كفالته ، فأمّا إذا لم يوجد شيء من ذلك ، وقال الكفيل: كفّلت بنفس فلان لفلان أو بما لفلان على فلان من الدين فإنّها لا تبقى ماوراء المجلس حتّى لو بلغ إلى الطالب ، قيل لا يصحّ ، ثمّ رجع أبويوسف فقال: الكفالة تتمّ بالكفيل وحده وجد القبول أوالخطاب من غيره أو لم يوجد.

١- وأمّا أركانها........ انظر الفتاوى الهندية ٢٥٢/٣ كتاب الكفالة وأيضاً روضة القضاة للسمعاني ٤٥١/٢.

(٢٩١) واختلف المشائخ على قوله الآخر[١]: أنّ الكفالة تصحّ من الكفيل وحده موقوفاً على إجازة الغائب ، أو تصحّ نافذاً وللطالب أن يردّ، وفائدة هذا الاختلاف إنّما تظهر فيما إذا مات المكفول له قبل القبول فمن[٢] يقول بالتوقّف ، يقول لا يؤاخذ به الكفيل علىقوله أيضاً فالوجه لأبي حنيفة ومحمّد رحمهما الله أنّ الكفالة تمليك في الحال من كلّ وجه ، وليس بإسقاط ، فلا تتمّ بالواحد لا نافذاً ولا موقوفاً، وإنّما قلنا: إنّه تمليك من كلّ وجه لأنّ الكفيل بالكفالة يُملّك المكفول له مطالبة لم يكن له ولم يسقط من حقّ الطالب شيئاً لا من دينه ولا من مطالبته بالدين ، بل يُملّكه ما ليس له ، فكان تمليكاً من كلّ وجه ، ولا يلزم الوصيّة والإبراء على هذا لأنّ الوصيّة ليس بتمليك للحال وإنّما هو تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ، وأمّا الإبراء فهو إسقاط من وجه تمليك من وجه ، فمن حيث أنّه إسقاط يتمّ بالمبرىء وحده ومن حيث أنّه تمليك من وجه يرتدّ بالرّدّ ، وإن وجد الخطاب أو القبول من المكفول عنه

١- واختلف على قوله: فقيل تتوقّف على إجازة الطالب فلو مات قبلها لا يؤاخذ الكفيل وقيل تنفذ وللطالب الرّد كما في البحر وهو الأصحّ كما في المحيط أي الأصحّ من قوله بنهر وفي الدرر والبزّازية وبقول الثاني يفتى وفي النّفع الوسائل وغيره ، الفتوى على قولهما ، ردّ المحتار ٢٥١/٤ ، انظر الفتاوى الهندية ٢٥٢/٣.

٢- و في نسخة "من".

بأن قال المطلوب لرجل: أكفل لفلان عن[1] نفسى[2] أو بماله عليّ أو كفّل رجل بمال عن المطلوب أو بنفسه وقبل عنه المطلوب ، إن وجد في صحّته لا تصحّ الكفالة عند أبي حنيفة ومحمّد وهو قول أبي يوسف رحمهم الله أوّلاً لأنّ وجود القبول والخطاب من المطلوب وعدمه بمنزلة، لأنّ المطلوب لا يصلح نائباً عن الطالب في حقيقة الاستيفاء ، فلا يصلح نائباً عنه في قبول الكفالة ، لأنه سبب وطريق إلى الاستيفاء ، وإذا لم يصلح نائباً صار وجود الخطاب من المطلوب وعدمه بمنزلة ، ولو عدم كان لا يصحّ ، لأنّه عقد تمليك وجد من الفرد فكذا ههنا، بخلاف ما لو وجد الخطاب من الطالب أو الأجنبي لأنّ الطالب يصحّ منه الاستيفاء فيصحّ منه الخطاب والقبول ، والأجنبي يصلح نائباً عنه في الاستيفاء فصلح نائباً عنه في قبول الكفالة ، هذا إذا وجد الخطاب أو القبول من المطلوب في حالة الصحّة ، أمّا إذا وجد الخطاب منه في مرض الموت إن خاطب بالكفالة أجنبياً لا يصحّ عندهما قياساً واستحساناً ، كما لو خاطب بذلك أجنبياً في حالة الصحّة ، وإن خاطب وارثه بذلك فالقياس أن لا يصحّ[3] عندهما وفي الاستحسان يصحّ ثمّ في كلّ موضع وجد الخطاب من الأجنبيّ حتّى صحّت الكفالة عندهما موقوفة على إجازة الطالب ، لو أراد الكفيل فسخ الكفالة قبل إجازة الطالب صحّ فسخه ، ولو أراد الطالب فسخها لا يصحّ ، وإن قال الكفيل لقوم: اشهدوا أنّي كفيل

---

١ – وفي نسخة "عنى".

٢ – وفي نسخة "بنفسه".

٣ – وفي ب "تصح".

لفلان بنفس فلان، والطالب غائب فإن اتّفقا على أنّ هذا إنشاء كفالة لا يصحّ عندهما ، وإن اتّفقا على أنّ هذا إقرار عن كفالة وجد فيها الخطاب والقبول كان معتبراً.

وإن اختلفا فالقول قول الطالب الذي يدّعي أنّ هذا إقرار عن كفالة وجد فيها الخطاب والقبول حتّى يؤاخذ الكفيل به.

[شرائط جواز الكفالة]

(٢٩٢) وأمّا شرائط جواز الكفالة[1] فنقول: من شرائط جواز الكفالة على الخصوص كون المكفول به مضموناً على الأصيل بحيث يجبر الأصيل على

---

١ - شروط الكفالة:

تشترط في الكفالة شروط

منها ما يتعلّق بالكفيل أو بالأصيل ، أو بالمكفول له أو بالمكفول به.

تعريف الكفيل: الذي تلزمه المطالبة بالمال الذي على المدين.

تعريف المدين: هو المكفول عنه ويسمى الأصيل أيضاً.

مكفول له: وهو الدائن أقول هو المدّعي

المكفول به: وهو محل الكفالة أي المال أو النفس المكفولة.

الشروط التي تتعلّق بالكفيل

اشترط فقهاء الحنفية وغيرهم في الكفيل شرطين :

أهلية العقل والبلوغ (البدائع ٥/٦ وما بعدها ، المبسوط للسرخسي ٨/٢٠ ، الدّر المختار ٢٦٢/٤ ، الكتاب مع اللباب ١٥٩/٢).

الحرية:

شروط الأصيل:

يشترط في الأصيل شرطان أيضاً:=

تسليمه، حتى لو لم يكن مضموناً على الأصيل لايصح الكفالة ، وقد ذكر في آخر كفالة النوازل[1]: رجل دفع إلى صبي محجور عشرة دراهم فقال أنفقها على نفسك فجاء إنسان وضمن للدافع عن الصبي بهذه العشرة لا يجوز ، لأنه ضمن ما ليس بمضمون على الأصيل.

= أن يكون قادراً على تسليم المكفول به.

- أن يكون الأصيل معروفاً عند الكفيل (البدائع ٥٦/٦ ، الدر المختار ٢٦٢/٤ ، فتح القدير ٤١٩/٥)

شروط المكفول له:

يشترط في المكفول له وهو الدائن شروط وهي كالتالي :

- أن يكون معلوماً.
- أن يكون المكفول له حاضراً في مجلس العقد
- أن يكون المكفول له عاقلاً (البدائع ٦/٦، فتح القدير ٤١٧/٥، المبسوط ٩/٢٠، الدر المختار٤/٢٨٠).

شروط المكفول به:

يشترط في المكفول به ثلاثة شروط:

- أن يكون المكفول به مضموناً على الأصيل.
- أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء على الكفيل.
- أن يكون الدين لازماً صحيحاً. (البدائع ٧/٦ ، فتح القدير ٤٠٢/٥ ، رد المحتار٤/٢٦٤).

١- انظر: الفتاوى البزازية على هامش الهندية ٩/٦.

(٢٩٣) وكذا الصبي المحجور: إذا باع شيئاً فجاء إنسان فكفل بالدرك للمشتري[١] إن كفل بعد ما قبض الصبي الثمن لا يجوز، وإن كان قبل ذلك جاز، هكذا[٢] ذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله في مأذونه، وذكر في المنتقى[٣]: عبد محجور عليه اشترى متاعاً فضمن رجل للبائع الثمن عليه لا يلزم الكفيل الثمن ولو ضمن بالمتاع بعينه كان ضامناً.

(٢٩٤) وذكر صاحب الذخيرة أن الكفالة بالأمانات كالودائع وأموال المضاربات والشركة والكفالة بعين العارية والمستأجر والكفالة عن المرتهن للراهن وعن الراهن للمرتهن باطلة[٤].

(٢٩٥) وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في المبسوط[٥] أنّ الكفالة بتسليم العارية باطلة وقد نصّ محمّد رحمه الله في

١- ضمان الدرك هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع والدرك في اللغة التبعة بحرك ويسكن، انظر: البحر الرائق ٦/٢٣٧-٢٣٨.

٢- انظر: الفتاوى الهندية ٣/٢٨٩ : نصّه: وكذلك الصبي المحجور إذا باع شيئاً وقبض الثمن فجاء إنسان وكفل للمشتري بالدرك إن كفل بعد ما قبض الصبي الثمن لا تصحّ كفالته وإن كفل قبل ذلك صحت الكفالة ،كذا في فتاوى قاضيخان ، راجع: الفتاوى البزازية على هامش الهندية٦/٩.

٣- انظر: الفتاوى الخانية على هامش الهندية ٦/٩ ، نصّه: عبد محجور اشترى متاعاً وضمن رجل الثمن للبائع لا يلزم الكفيل ولو ضمن المتاع بعينه كان ضامناً.

٤- انظر: الهندية ٣/٢٥٤.

٥ - انظر : المبسوط ٢/١٠٢، نصّه: وكذلك الكفالة بالرهن عن المرتهن باطل، لأن عين الرهن أمانة في يد المرتهن والكفالة بتسليم الأمانة لا تصحّ كالوديعة والعارية والمضاربة.

الجامع[1] أنّ الكفالة بتسليم العارية صحيحة ، وذكر[2] القدوري رحمه الله[3] أنّ الكفالة للراهن بتسليم الرهن جائزة ، وذكر في الجامع الصغير[4]: إن الرهن والكفالة جائزان في الخراج لأنّه دين يطالب به كسائر

١- في الهندية: أما الكفالة بتسليم العارية فقد نصّ محمّد رحمه الله في الجامع: إنّ الكفالة به صحيحة كذا في الذخيرة ٣/٢٥٤.

٢- الإمام القدوري: هو الإمام أحمد بن محمّد بن أحمد بن جعفر بن حمدان أبو الحسين بن أبي بكر القدوري ، صاحب المختصر المعروف بـ (القدوري) ولد سنة اثنتين وستين وثلاثمائة ، تفقه على أبي عبد الله محمّد بن يحيي الجرجاني ، وانتهت إليه رئاسة الحنفية بالعراق وعظم عندهم قدره، كان الإمام ثقة صدوقاً وروى عنه الخطيب وقال كان صدوقاً.

وله من المصنّفات ، رد المختصر ، وشرح مختصر الكرخي ، كتاب التحريد، وكتاب التقريب ، نسبته إلى القدور التي هي جمع قدر ، وقال الإمام عبدالحي اللكنوي ولا أعلم سبب نسبته إليها وهكذا ذكره السمعاني ، الفوائد البهية /٣٠، تاج التراجم /٩٨-٩٩ ، انظر: لترجمته تاريخ بغداد ٣٧٧/٤ ، تذكرة الحفّاظ ١٠٨٦/٣ ، الجواهر المضيئة ٢٤٧/١ ، وطبقات السنية ١٩/٢.

٣- انظر: الهداية مع شرح العلاّمة عبد الحي اللكنوي ، بألفاظ مختلفة ، فقال: ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض أو بتسليم الرهن بعد القبض الراهن...جاز لأنّه التزم فعلاً واجباً ٣١٧/٥ ، الفتاوى الهندية٣/٢٥٤.

٤- انظر: الهداية مع الفتح ١٧٥/٧ وفيه الرهن والكفالة جائزان في الخراج.

الديون، وذكر في الذخيرة[1] : إنّ الكفالة بتمكين المودع من الأخذ صحيحة والكفالة بتسليم نفس الشاهد ليحضر مجلس القضاء فيشهد باطلة.

(٢٩٦) ومن شرائطها: أن يكون المكفول به مقدور التسليم للكفيل ، وعن هذا قلنا أن من يقبل من رجل بناء دار معلوم أو كراب أرض معلوم وأعطاه كفيلاً بذلك ، إن كفل بنفس العمل لايجوز، وإن كفل بتسليم نفسه فهو جائز ، ولو كفل بنفس رجل غائب لا يعرف مكانه لا يصحّ.

(٢٩٧) ومن شرائطها: أن يكون الكفيل ممّن يصحّ تبرّعه لأنّ الكفالة عقد تبرّع ابتداء فلا يصحّ ممّن لا يصحّ التبرّع منه.

[حكم الكفالة]

(٢٩٨) وأمّا بيان حكمها فنقول: حكم الكفالة عندنا صيرورة ذمّة الكفيل مضمومة إلى ذمّة الأصيل في حقّ المطالبة دون أصل الدين.

١- انظر : الفتاوى الهندية : وأما الكفالة بتمكين المودع من الأخذ فصحيحة كذا في الذخيرة والكفالة بتسليم الشاهد إلخ ٣/٢٥٤.

(٢٩٩) وقال الشافعي رحمه الله[١]: حكم الكفالة[٢] وجوب الدين على الكفيل فيصير الدين الواحد في حكم دينين ، فيصير الذمتان في حكم ذمّة واحدة ، هو يقول بأنّ الكفيل مطالب بالإيفاء فلا يستقيم المطالبة بإيفاء الدين إلا أن يكون الدين عليه ، لأنّ المطالبة فرع من فروع الدين والفرع لا يتصوّر بدون الأصل فجعلنا الدين واجباً عليه ، ألا ترى أنه لو وهب له صحّ، ولو اشترى به منه شيئاً صحّ ، وهبة الدين من غير من عليه الدين لا تصحّ ، فثبت أن الدين وجب على الكفيل ، ونحن نقول بأن جعل الدين الواحد في حكم دينين والذمّتين في حكم ذمّة واحدة قلب الحقيقة ، فلا يصار إليه إلاّ عند الضرورة ، ولا ضرورة ههنا ، لأنه أمكن جعل الذمّة مضمومة إلى الذمّة في المطالبة فيتعدّد المطالبة مع اتحاد الدين لأنّ الثابت بعقد الكفالة معنى التوثيق فإنّهم جعلوا اليد التي هي فرع من فروع الملك أصلاً في عقد الرهن لتحصيل معنى التوثيق.

١- قال الشافعي: هو الإمام محمّد بن إدريس بن العبّاس بن عثمان ابن شافع الهاشمي القرشي المطلبي ، أبو عبد الله أحد الأئمّة الأربعة عند أهل السنّة، ولد في غزّة (بفلسطين) وحمل منها إلى مكّة وهو ابن سنتين وزار بغداد مرّتين وقصد مصر سنة ١٩٩ هـ ، فتوفي بها ، قال المبرد: كان الشافعي أشعر الناس وآدبهم وأعرفهم بالفقه والقرآات ، وقال الإمام ابن حنبل: ما أحد ممّن بيده محبرة أو ورق إلاّ وللشافعي في رقبته منّة ، برع في الشعر واللغة وأيّام العرب ، ثمّ أقبل على الفقه والحديث ، وأفتى وهو ابن عشرين سنة وكان ذكياً مفرطاً ، له تصانيف كثيرة أشهرها كتاب "الأم" في الفقه ، "المسند في الحديث" ، "أحكام القرآن" و"الرسالة" في أصول الفقه (انظر: الأعلام لخير الدين الزركلي ٢٢٦.

٢- انظر: بدائع الصنائع ١٠/٦ ، المبسوط: ١٦٢/٢٠.

النوع الثاني

في الألفاظ التي يقع بها الكفالة

(٣٠٠) إذا قال أنا كفيل لك بنفس فلان أو زعيم به أو قال أنا كفيل لك بنفسه أو قال عليّ أن أوفيك به فهو جائز ويؤخذ به ، وكذا إذا قال عليّ أن ألقاك به صار كفيلاً ، كما لو قال عليّ أن آتيك به ، ولو قال هو عليّ حتّى يجتمعا أو حتّى توافيا أو حتّى تلتقيا فهو كفيل إلى الغاية التي ذكر.

ولو قال أنا ضامن لك حتّى تجتمعا أو حتّى تتوافيا أو حتّى تلتقيا اختلفت الروايات[1] في هذا الفصل ، ذكر في رواية أبي سليمان رحمه الله أنّه يصير كفيلاً ، وذكر في رواية أبي حفص رحمه الله أنه لا يصير كفيلاً، وقيل ما ذكر في رواية أبي حفص جواب القياس وما ذكر في رواية سليمان جواب الاستحسان.

(٣٠١) ولو قال أنا ضامن لك لمعرفته أو بمعرفته لا يصير كفيلاً، كما لو قال أنا ضامن لك على أن أدلك عليه أو أوفيك ، وفي المنتقى[2] عن الحسن رحمه الله: إذا قال أنا ضامن لك بمعرفة فلان ، ذكر أبو سليمان عن محمّد رحمهما الله أنّه قال رأيت في قول أبي حنيفة رحمه الله أنّه لا يلزمه وفي قول أبي

١- انظر: خلاصة الفتاوى ١٦٤/٤.

٢- انظر: خلاصة الفتاوى ١٦٤/٤.

يوسف رحمه الله يلزمه، وعلى هذا معاملة الناس ، وفي أجناس الناطفي[1]: إذا قال لك عندي هذا الرجل أو عليّ أو إليّ أو قال دعه إليّ فهذا كلّه كفالة[2].

(٣٠٢) وذكر في فتاوى سمرقند[3]: إذا قال معرفة فلان عليّ يلزمه أن يدلّ عليه ، وهذا مخالف لجواب الكتاب ، وذكر في كفالة الجامع الصغير إذا قال: "آشنائى فلان برمن" قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله يصير كفيلاً وهكذا ذكر شيخ الإسلام في شرحه ، وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله لا يصير كفيلاً[4] ، وبه أخذ الصدر الشهيد رحمه الله ، ولو قال: "فلان آشنا است" لا يكون كفيلاً ، ذكره صدر الإسلام في شرحه[5] ، وقال القاضي فخر الدين

١- انظر: الفتاوى الهندية ٢٥٥/٤.

٢- للكفالة ألفاظ: ضمان وكفالة وحمالة وزعامة وغرامة أو يقول: عليَّ أو إليَّ ألفاظ الكفالة كل لفظ ينبئ عن العهدة في العرف والعادة ، وتصحّ بكفلت عنه وبما عبر عن البدن حقيقة كنفسه وجسده أو عرفاً كروحه و رأسه ووجهه وبجزء شائع كنصفه وثلثه وجزئه ، ولو قال كفلت بيده ورجله أو نحوه ممّا لا تصحّ إضافة الطلاق إليه لا تصحّ به الكفالة.

انظر: الفتاوى الهندية ٢٥٥/٣-٢٥٨ ، خلاصة الفتاوى ١٦٤/٤ ، الفتاوى الخانية على هامش الهندية ٥٢/٣.

٣- انظر: الفتاوى الهندية ٢٥٦/٣ ، نصّه: ولو قال: معرفة فلان عليّ قالوا يلزمه أن يدلّ عليه ، الخانية على هامش الهندية ٥٢/٣.

٤- انظر: الفتاوى الهندية ٢٥٦/٣ ، الخانية على هامش الهندية ٥٢/٣.

٥- ما وجدت هذه العبارة في شرح أدب القاضي.

رحمه الله[1]: قوله "آشناء ست" و"آشناء من است" كفالة بالنفس عرفاً وبه يفتى ولو قال:"آنجه تُرا بر فلان است من بدهم" هذا وعد لا كفالة ، ولو قال "آنجه ترا بر فلان است من جواب جويم" هذا كفالة بالعرف عند بعض مشايخنا رحمهم الله ، وكان الصدر الإمام أستاذ الأئمّة ظهير الدين رحمه الله[2] يفتي بأنّه لا يكون كفالة ، وكذا كان يفتي في قوله "جواب مال تو برمن أو جواب مال تو بكويم" لا يكون كفالة ، وعن القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي رحمه الله[3] أنّه قال إذا قال: "اكر فلانرا حاضر نتوانم كردن جواب أين مال برمن" هذا لايكون كفالة.

(٣٠٣) وفي فتاوى سمرقند[4]: إنّ من قال لغيره: الدين الذي لك على فلان أنا أدفعه إليك أو أنا أسلمه إليكم أو أنا أقضيه لا

١- انظر: الخانية على هامش الهندية ٥٢/٣ ، نصّه: ولو قال: فلان آشنائى منست أو قال فلان آشنائى أست "قالوا يكون كفيلاً بالنفس ، وقال بعضهم إن قال: آشنائى فلان برمن يكون كفيلاً بالنفس لمكان العرف ... وقوله "فلان آشناأست" لا يكون كفيلا".

٢- انظر: الفتاوى الهندية ٢٥٦/٣ فيه: وبعض مشائخنا رحمهم الله تعالى قالوا في قوله "آنجه ترا بر فلان أست من جواب كويم" أنّ هذا كفالة بحكم العرف ، وكان الشيخ الإمام ظهير الدين يفتي بأنّه لا يكون كفالة.

٣- راجع: الفتاوى الهندية ٢٥٧/٣ ، نصّه: أنّه قال إذا قال (اكر من فلان كس را"حاضر نتوانم كردن جواب آن مال بر من) هذا لا يكون كفالة.

٤- انظر: الفتاوى الهندية ٢٥٧/٣ وفيه مكان "فتاوى سمرقند" ، "فتاوى النسفي".

يصير كفيلاً ما لم يتكلّم بلفظ يدلّ على الالتزام نحو قوله عليَّ ، إليَّ ، كفلت ، ضمنت.

(٣٠٤) وكان الصدر الإمام أستاذ الأئمّة ظهير الدين رحمه الله[١] يقول: إذا أتى بهذه الألفاظ منجزاً لا يكون كفالة وإذا أتى بها معلّقاً ، بأن قال: إن لم يؤدّ فلان مالك عليه فأنا أؤدّي يصير كفيلاً.

(٣٠٥) والأصل في الكفالة أنّه يجوز تعليقها بشرط متعارف ولا يجوز تعليقها بشرط غير متعارف ، لأنّ الكفالة تشبه النذر من حيث أنّه التزام ، وتشبه المعاوضة من حيث أن الكفيل يتملك ما في ذمّة الأصيل عوضاً عمّا يؤدّي إذا كفل بأمر الأصيل ، فمن حيث أنّها تشبه النذر صحّ تعليقها بشرط متعارف ، ومن حيث أنّها تشبه المعاوضة لم يصحّ تعليقها بشرط غير متعارف، فإذا كفل رجل بنفس رجل ودفعه إلى الطالب وبرئ منه ثمّ إنّ الطالب لزم المطلوب فقال الكفيل: دعه فأنا على كفالتي أو قال دعه وأنا على مثل كفالتي ففعل فهو لازم له ، وهو كفيل بنفسه على ما كان عليه ، لأنّه لمّا سلّمه إلى الطالب برئ من الكفالة الأولى ، فيؤخذ بحكم الكفالة الثانية، أمّا قوله "أنا على مثل كفالتي" فهذا تنصيص منه على كفالة أخرى ، لأنّ مثل الشيء غيره، أمّا قوله: "أنا على كفالتي" فكذلك أيضا يكون منه كفالة أخرى لأنّه يجوز أن

١- انظر: الفتاوى الهندية ٢٥٧/٣، الهداية مع شرح العلاّمة عبد الحي اللكنوي ٠٧/٥ ، الخانية على هامش الهندية ٥٢/٣-٥٣.

يعبّر عن المستقبل بلفظ الماضي ، كما قال عدت في كفـــالتي أو عـــدت إلى كفالتي فهذا إخبار عن الكفالة الماضية في الحقيقة.

لأن العود إلى الشيء إنّما يتحقّق بعد وجوده مرّة لا قبل وجوده أصلاً ، فإن قيل إن كان كفالة مرّة أخرى إلاّ أنّه لم يوجد قبول الكفالـــة الثانيــة ، وقبول الطالب ركن على قول أبي حنيفة ومحمّد وإحدى الروايتــين عـــن أبي يوسف رحمهم الله ، قلنا إن لم يوجد منه القبول نصّاً ولكن وجد دلالة ، وهو ترك الملازمة بعد قوله دعه وأنا كفيل ، فكان هذا بمنزلة من وكّل رجلاً ببيـــع عبده وعلم به الوكيل فقبل أن يقبل باع جاز ، وإن كانت الوكالة لا توجـــد إلاّ بالقبول من جهة الوكيل ، لأنّ إقدامه على البيع قبول منه دلالة فكذا هذا.

(٣٠٦) وفي نوادر ابن سماعة[1] عن محمّد رحمه الله ، رجل له على رجل مال فقال رجل للطالب ضمنت لك ما على فلان على أن أقبضه وأدفعه إليــك ، قال ليس هذا على ضمان للمال أن يدفعه من عنده، إنّما هذا على أن يتقـــاضى ويدفعه إليه ، وفيه أيضاً: غصب رجل ألف درهم فقاتله المغصـــوب منـــه وأراد أخذها منه ، فقال له رجل لاتقاتله فأنا ضامن أن آخذها وأدفعها إليك ، لزمـــه ذلك ، ولو كان الغاصب استهلك الألف وصار ديناً في ذمّته كان على ضمـــان التقاضي.

١- انظر: الفتاوى الهندية ٢٥٧/٣.

(٣٠٧) وذكر في الواقعات إذا قال الآخر ، من بايعك بشيء فأنا كفيل عنك بثمنه ، لم يجز ، ولو قال: من بايعك من هؤلاء وأشار إلى قوم معدودين فأنا كفيل عنك بثمنه ، جاز ، لأنّ في الوجه الأوّل المكفول له مجهول وذلك يمنع صحّة الكفالة ، بخلاف الوجه الثاني فإنّ المكفول به معلوم.

[الكفالة بالمجهول]

(٣٠٨) ولو قال لقوم معلوم: "ما بايعتموه أنتم وغيركم فهو عليّ" كان عليه ما بايع به أولئك القوم فلا يلزمه ما بايع به غيرهم ، والمعنى ما بيّنا وذكر في فتاوى سمرقند[١]: رجل قال لأقوام بأعيانهم "هرجه شمارا أز فلان آيد بر من" لا شيء عليه بهذا الضمان لأنّ قوله: "از فلان آيد "لفظ مجمل" ، وذكر في النوازل[٢]: إذا قال لآخر ادفع إلى فلان كلّ يوم درهماً فأنا ضامن لك ، فأعطاه فاجتمع عليه مال كثير فقال الآمر: لم أرد هذا كلّه يلزمه جميع ذلك كلّه لأنّه أمر بدفع المال فصار القابض كوكيل الآمر بالقبض ، ألا ترى أنّه لو قال ما بعت فلاناً فهو عليّ فكلّ ما بايعه لزمه ، وفي نفقة المرأة إذا قال الكفيل أنا ضامن لك أبداً يلزمه كلّه ، وسنذكر جنس هذه المسائل في موضعه إن شاء الله تعالى.

١- انظر: الفتاوى الهندية ٣/٢٥٧ ، نصّه: لو قال لأقوام بأعيانهم "هرجه شمارا از فلان آيد بر من ١) لا شيء عليه بهذا الضمان إلخ .

٢- انظر: الفتاوى الهندية ٣/٢٥٦ ، نصّه: ولو قال لآخر ادفع إلى فلان كل يوم درهما فأنا ضامن لك إلخ ، الخانية ٣/٧٠.

[إضافة الكفالة إلى جزء من المكفول]

(٣٠٩) وإذا أضاف الكفالة إلى رأس من عليه الدين أو وجهه أو رقبته أو نصفه أو ثلثه صحّ ، ويكون كفالة بنفسه من حيث الكناية كما يكون كفالة بنفسه من حيث الصريح ، لأنّ هذه الأعضاء ممّا لايعبّر بها عن جميع البدن - والأصل في هذا أن كلّما جاز إضافة الطلاق والعتاق جاز إضافة الكفالة إليه ، وإذا أضاف الكفالة إلى عين الرجل أو أضاف الطلاق إلى عين المرأة ذكر شيخ الإسلام في المبسوط[1] أنّ محمّداً رحمه الله لم يذكر هذه المسألة في الطلاق وفي هذا الكتاب ، وحكى عن الفقيه أبي بكر البلخي رحمه الله[2] أنّه لاتصحّ الكفالة ولا يقع الطلاق ولو نوى جميع البدن صحّت النيّة ووقع

١- انظر: الهندية ٢٥٥/٣ ، نصّه: ولو كفل بعينه لم يذكر في الكتاب ولم يذكر محمّد رحمه الله "ما إذا كفل بعينه" رد المحتار ٢٥٣/٤ ، فتح القدير ١٥٧/٧.

٢- راجع: الهندية ٢٥٥/٣ ، البحر الرائق ٢٠٧/٦ ، نصّه: قال البلخي لا يصحّ كما في الطلاق إلاّ أن ينوى به البدن ، فتح القدير ١٥٧/٧.

أبو بكر: هو الإمام محمّد بن أحمد أبو بكر الإسكاف البلخي ، إمام كبير جليل القدر ، أخذ الفقه عن محمّد بن سلمة عن أبي سليمان الجوزجاني وتفقه عليه أبو بكر الأعمش محمّد بن سعيد وأبو جعفر الهندواني قال الجامع: ذكر الفقيه أبو الليث في آخر النوازل أن وفاته كانت سنة ٣٣٣ وإن وفاة محمّد بن سعيد سنة ٣٤٠ و إن وفاة أبي جعفر سنة ٣٦٣ ببخارى، وحمل إلى بلخ (الفوائد البهية / ١٦٠).

الطلاق وصحّت الكفالة ، ولو كفل بروحه صحّ و لم يذكر الروح في الطلاق والعتاق وإنّما ذكر ههنا وعلّل ، وقال لأنّ الروح شائع في جميع البدن فكان بمنزلة الإضافة إلى الجزء الشائع الذي لايتجزّى حيث يكون ذكر بعضه كذكر كلّه ، وذكر الفرج في كتاب الطلاق و لم يذكر ههنا ، قالوا: يجب أن تصحّ الكفالة متى كان الفرج مضافاً إلى المرأة لأنّ الفرج في حقّ المرأة عبارة عن جميع بدنها ونفسها بخلاف الرجل .

[الكفالة بالنفس]

(٣١٠) فإذا كفل بنفس من عليه الدين صحّت كفالته عند علمائنا رحمهم الله ، وذكر عن الشافعي رحمه الله[1] في عامّة كتبه أنّ الكفالة بالنفس جائزة ، وذكر في كتاب الدعوى أنّ الكفالة بالوجه ضعيفة ، يريد بذلك النفس ، فبعض أصحاب الشافعي كالمزني[2] جعلوا للشافعي في جواز الكفالة بالنفس

١- انظر: الهداية مع الفتح ١٥٦/٧ ، قال ابن الهمام : ثم نقل عن الشافعي أنّ الكفالة بالنفس لا تجوز وهو قول مخالف للقول الأظهر عندهم وهو أنّها جائز كقولنا" (٤١٢/٢) وفي أدب القاضي لابن قاص: فمذهب الشافعي في ذلك على قولين: أحدهما ، يؤخذ منه الكفيل والآخر لا يؤخذ... لأنّ كفالة النفس لم تثبت بكتاب ولا سنة ولا إجماع ولا قياس على نظير".

٢- هو الإمام إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل بن عمرو بن إسحاق بن إبراهيم المزني المصري ، تلميذ الإمام الشافعي قال أبو إسحاق كان زاهداً عالماً مجتهداً مناظراً غواصاً على المعاني الدقيقة ، ولد سنة ١٧٥ وتوفي في شوّال سنة ٢٦٤ ، وكان مجاب الدعوة ، كان أعرفهم بطريق الشافعي وفتاواه ، صنف كتباً كثيرة، منها الجامع الكبير والجامع الصغير=

قولاً واحداً وحملوا قوله: أنّ الكفالة بالنفس ضعيفة ، أن لا يجوز قياساً وإنّما جوّزت استحساناً بالضرورة وتعامل الناس ، فإنّه ذكر المزني في الجامع الكبير[1] بعد ما حكى عن الشافعي رحمه الله أنّ الكفالة بالوجه ضعيفة ، أي في تجويزها منافع للناس ومنع للمطل [والإيراد وجلب إلى الإيراد الإحضار[2] مقاطع الحقوق بين الخصوم] فقد أشار إلى أنّ القياس يأبى جوازها ، لكنّها جوّزت للضرورة ، لما فيه للناس من المنافع استحساناً ، ومن أصحابنا من جعل للشافعي[3] في المسألة قولين ، في قول يجوز الكفالة بالنفس على مذهبه وفي قول لا يجوز ويناظرون معنا على هذا القول.

(٣١١) وعلى هذا الخلاف الكفالة بتسليم الأعيان المضمونة كالمغصوب والمبيع عندنا ، وفي أحد قوليه لا يجوز ، هكذا أورده الشيخ الإمام الزاهد شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله في مبسوطه[4] فالشافعي رحمه

=والمختصر وهو أصل الكتب المصنفة في مذهب الشافعي ، والمزني نسبة إلى "مزينة كلب"، (الفوائد/٣٢.)

١- الصحيح الذي به الفتوى عند الشافعية صحّتها ، انظر: كتاب أدب القضاء لابن أبي الدّم ٢/٣٦٣.

٢- في نسخة: "ب " وإلا لدار وجلب إلى مقاطع الحقوق بين الخصوم" ولعله أقرب إلى الصواب.

٣- قد مرّ ذكره.

٤- لم أجد هذه العبارة في كتب الفقه.

الله[1] ذهب إلى أن الكفالة حصلت بحقّ ما يجب في ذمّة الأصيل ، فلا يصح قياساً على ما لو كفل بتسليم الأمانات أو بحموله بأعيانها أو بخياطة رجل بعينه أو بتسليم نفس من عليه الحدود والقصاص ، وإنّما قال ذلك لأنّ الكفالة بالنفس وبتسليم الأعيان المضمونة إمّا أن تعتبر كفالة بنفس العين أو بفعل التسليم الذي وجب على الأصيل ، وأيّاً ما كان فهو غير واجب في ذمّة الأصيل ، أما العين فإنّها لا تجب في الذمّة ، وأمّا فعل التسليم على الغاصب وحضور المدّعي قبله ليجيب خصمه غير واجب في ذمّة الأصيل ، لأن حضوره مجلس الحكم وتسليمه العين المغصوب فعله ، والأفعال ممّا لاتجب في الذمّة على اختلاف الأصلين.

(٣١٢) وعامّة مشايخنا رحمهم الله استدلوا على جواز الكفالة بالنفس بتعامل الناس من لدن رسول الله عليه السلام إلى يومنا هذا من غير نكير من بعض السلف على البعض ، وتعامل الناس حجّة يترك بها القياس ويخصّ بها الأثر[2] ، وبقوله تعالى:﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ ﴿٧٢﴾﴾[3] أي

١- إن الشافعية منعت الكفالة بالأعيان مطلقاً بناء على أصله أن موجب الكفالة التزام أصل الدين في الذمّة فكان محلّها الدين دون العين" ، انظر: حاشية اللكنوي على الهداية ٣١٦/٥.

٢- انظر: المبسوط ١٦٢/٢٠.

٣ سورة يوسف : ٧٢ .

أنا به كفيل ، وعن الشيخ الإمام أبي بكر الجصّاص رحمه الله[1] إنه كان يضعف الاستدلال على جواز الكفالة بهذه الآية ، وكان يقول: ليس المراد من قوله "أنا به زعيم" أي كفيل، لأن الكفيل من يكون ضامناً على الغير محتملاً عنه ، لا عن نفسه ، وهذا القائل كان ضامناً عن نفسه ، لأنه كان مستأجراً ، والمستأجر ضامن للأجرة بحكم العقد ، سواء كان أصلاً في الاستيجار لنفسه أو وكيلاً من غيره، وإذا كان ضامناً للأجرة بحكم العقد لم يتصور كفيلاً من غيره وكان المراد "وأنا به زعيم" والله أعلم أي أنا ضامن للأجر بحكم الإجارة، لا بحكم الكفالة ، إلا أن مشائخنا رحمهم الله ، قالوا: الزعيم في عرف لسان الشرع واستعمال الناس متى أطلق يراد به الكفيل ، فإنّه قال عليه السلام في خطبته: "والزعيم غارم" أي الكفيل ضامن[2]، وسمّي رئيس القوم زعيمهم، لأنّه يتكلّم عنهم وينوب عن القوم فما ينوبهم فيحمل عليه ما أمكن وقد أمكن حمله على الكفالة بأن يحمل أنّ المنادي قال للعير أنّ الملك يقول لكم ولمن جاء به حمل بعير وأنا كفيل بذلك ، فيكون كفالة عن الملك لا عن نفسه ، لأنّ

١- انظر: فتح القدير ١٧٣/٧ ، نصّه: ونقل عن أبي بكر الجصّاص تضعيف الاستدلال به لجواز أن يكون لبيان العمالة لا الكفالة.

٢- رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن ، انظر: أبو داود ٣٥٦٥، والترمذي ١٢٦٥-٢١٢٠، مسند أحمد بن حنبل ٢٦١/٥ ، البيهقي ٨٨/٦.

روى كلّهم من حديث أبي أمامة العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضي والزعيم غارم.

المنادي يكون رسولاً من جهة الملك والرّسول بالاستيجار يصلح أن يكون ضامناً وكفيلاً بالأجر عن المرسل.

[موت المكفول به]

(٣١٣) وإذا كفل رجل بنفس رجل فمات المكفول به، برئ الكفيل، لأنّه عجز عن تسليم ما كفل به، لأنّ المتسحقّ عليه بالكفالة إحضاره مجلس الحكم ليجيب خصمه وحضرة الكفيل للجواب بعد موت الأصيل لا يقوم مقام حضرته كما في حالة الحياة، متى وقع العجز عن إحضار الأصيل للجواب، إمّا بالجنون أو بالغيبة لا يقوم الكفيل مقامه إلاّ بتوكيله، وقد عجز عن إحضار الأصيل بعد موته فلا يؤاخذ به، كما في باب الدين متى أعسر الكفيل إلاّ أن ثمّة يلازمه، وههنا لا يلازمه لأنّ ثمّة القدرة على تسليم ما كفل به موهوم كل ساعة لأنّ المال غاد ورائح، واليأس عن تسليم ما كفل به بعد موت الأصيل ثابت قطعاً فلا معنى للملازمة ههنا.

[موت الكفيل]

(٣١٤) وإذا كفل رجل بنفس فمات الكفيل والأصيل حيّ قال أبو حنيفة رحمه الله[1]: لا سبيل له على ورثته ولا في شيء من تركته، لأنّ المستحق

١- انظر: شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٢/٣٠٠، نصّه: وكلّ مطلوب بحق من الحقوق أخذ منه الطالب كفيلاً بنفسه فمات المطلوب أو مات الكفيل، بطلت الكفالة... أمّا ورثة الكفيل فلا يقومون مقامه في الاستحقاق عليه، فتبطل الكفالة.

على الكفيل بالكفالة فعل بدني لا ماليّ ، لأنّ المستحقّ عليه تسليم المدّعي قبله في مكان يتمكّن الطالب من الخصومة معه ، وتسليمه فعل بدني وما يستحقّ على الإنسان حال حياته من الحقّ البدني لا يتعلّق ذلك الحقّ بتركته بعد وفاته، ألا ترى أن من عليه القصاص أو عمل الخياطة إذا مات سقط ذلك عنه ، بخلاف ما لو كان كفيلاً بالمال ، لأنّ المستحقّ عليه بالكفالة فعل يتأدّى بماله ، والحقّ المالي يتعلّق بتركته بعد وفاته ، لأنّه يمكن استيفاؤه من تركته فيتعلّق بتركته.

[غياب المكفول به]

(٣١٥) قال: وإذا كفل رجل بنفس رجل فغاب المكفول به إلى بلدة أخرى وعلم القاضي بذلك ، أو قامت البيّنة على ذلك أجّل الكفيل قدر الذهاب والمجيئة ، لأنّه لا يمكنه التسليم إلاّ بذلك ، فإذا أتى به وإلاّ حبسه القاضي ، وإن كان لا يعرف مكانه واتفق الطالب والكفيل على ذلك سقطت المطالبة عن الكفيل إلى أن يعرف مكانه ، لأنّهما تصادقا على عجزه عن التسليم للحال ، فإن وقع الاختلاف بين الطالب والكفيل فقال الكفيل لا أعرف مكانه وقال الطالب تعرف مكانه فإن كان للأصيل بلدة معروفة يرتحل إليها في كل وقت إمّا للتّجارة أو لمصلحة أخرى ، فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب إلى ذلك الموضع وإحضاره، لأنّ الظاهر شاهد للمدّعي ، وإن لم يكن له بلدة معروفة فالقول قول الكفيل ، لأنّه متمسّك بالأصل وهو الجهل منكر لزوم المطالبة إياه والطالب يدّعيه.

وقال بعض المشايخ: لا يلتفت إلى قول الكفيل ويحبسه القاضي إلى أن يظهر عجزه ، لأنّ المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق على إسقاطها عن نفسه بما يقول ، وإن أقام الطالب بيّنة أنّه في موضع كذا أمر الكفيل بالذهاب إلى ذلك الموضع وإحضاره اعتباراً للثابت بالبيّنة بالثابت معاينة.

(٣١٦) وفي المنتقى[1]: إذا حبس الكفيل بالنفس بحكم الكفالة وعلم أنّ المكفول بالنفس غائب ببعض الأمصار فإنّي آمره أن يأخذ له كفيلاً بالنفس ويخرج من السجن حتّى يجيء بالذي كفل به.

[ملازمة الكفيل]

(٣١٧) وإذا لم يكن الكفيل بالنفس قادراً على تسليم المكفول به حتّى لم يطالب به هل للطالب أن يلازمه؟ ذكره الشيخ الإمام شمس الأئمّة السرخسي رحمه الله في شرحه أنّ له ذلك ، وذكر الشيخ الإمام شيخ الإسلام رحمه الله أنّه ليس له ذلك.

[لحوق المكفول به بدار الحرب]

(٣١٨) قال أبو حنيفة رحمه الله إذا ارتدّ المكفول به عن الإسلام ، ولحق بدار الحرب ، وجعله القاضي بلحوقه دار الحرب ميتاً من حيث الحكم حتّى قسم المال بين ورثته ، وحكم بعتق مدبريه لا يبرأ الكفيل

١- انظر: الفتاوى الهندية ٢٦١/٣ ، نصّه: ولو حبس الكفيل في الكفالة ثمّ علم أن المكفول به غائب ببعض الأمصار يأمر القاضي الطالب أن يأخذ منه كفيلاً بنفسه ويخرجه من السجن حتى يجيء بالمكفول عنه.

إذا كان يعرف مكانه ، ويتهيأ له ردّه بأن كان بيننا وبينهم مواعدة أن من دخل دارهم منّا مرتداً فإنّهم يردون علينا إذا طلبنا ، لأنّه حينئذٍ يكون بمنزلة ما لو غاب إلى بلدة أخرى غير دار الحرب ويعرف مكانه ، لأنّ الثابت بدلالة الحال كالثابت من حيث الحقيقة ، أمّا إذا لم يعرف مكانه لا من حيث الحقيقة، ولا بدلالة الحال لايؤاخذ بذلك لأنّه عاجز عن تسليمه ، فإذا لم يبرأ الكفيل بلحوقه دار الحرب لايحبسه القاضي بل يمهله بمهلة قدر المجيء والذهاب، نصّ على هذا في باب المرتد[1].

[براءة الكفيل]

(٣١٩) وإذا كفل رجل بنفس رجل ثمّ إنّ الطالب لقي المكفول به ولزمه وأخذ منه كفيلاً أو لم يأخذ فإنّ الكفيل لم يبرأ عن الكفالة عندنا، وعند الشافعي رحمه الله، وقال ابن أبي ليلى رحمه الله[2] يبرأ الكفيل الأول ، وذهب في ذلك إلى أنّ ما كفل به وصل إلى يد الطالب فيبرأ الكفيل ، وإن حصل في يده لا بتسليمه.

١- انظر: الفتاوى الهندية ٢٥٨/٣.فتح القدير ١٦٠/٧ ، المبسوط ١٦٤/١٩ ، نصّه : وإذا ارتدّ المكفول ولحق بدار الحرب لم يبرأ الكفيل لأن لحاقه بدار الحرب كموته حكماً في قسمة ماله بين ورثته ، فأما "في حق نفسه فهو مطالب بالتوبة والرجوع ، وتسليم النفس إلى الخصم فيبقى الكفيل على كفالته وكذلك الإحضار والتسليم يتأتى بعد ردّته وعليه تبنى الكفالة إذا علم ذلك لا يحبس الكفيل ولكنه إن كان يتمكن من الدخول في دار الحرب وإحضاره أمهله في ذلك مقدار ما يذهب فيأتي به فإن لم يفعل حبسه حينئذٍ" (المبسوط ١٦٤/١٩).

٢- انظر: المبسوط ١٧٠/٢٠.

كما في الكفيل بالمال إذا وصل المال المكفول به إلى الأصيل برئ الكفيل، وإن وصل إلى يده لا من جهة الكفيل.

(**٣٢٠**) وعامّة العلماء رحمهم الله ذهبوا في ذلك إلى أن الكفيل لما لم يسلّم ما كفل به إلى الطالب فلا يبرأ ، لأنّ تسليم ما كفل به يكون بأحد الأمرين إمّا أن يضعه في يد الطالب أو يخلي بينه وبين الطالب ، ولم يوجد واحد منهما ، وقد أشار محمّد رحمه الله[1] إلى هذا فقال "لأنه لم يدفعه إليه" - قوله -: بأن المكفول به وصل إلى يد الطالب فيبرأ الكفيل، كما في المال ، قلنا: المقصود في باب المال عين المال وقد وصل به إليه ، أمّا ههنا: المقصود من التسليم ليس نفس وصول المكفول به، ولكن تمكّنه من الخصومة ، وقد يتهيّأ له لما وصل إليه وقد لا يتهيأ ، وإذا كان المقصود مختلفاً في باب الكفالة بالنفس وجب مراعاة عين التسليم ولم يوجد من الكفيل.

(**٣٢١**) قال وإذا كفل رجل بنفس رجل ثمّ أنّ الطالب أخذ الكفيل حتّى أتى بصاحبه فدفعه إليه قال: الكفيل يبرأ وإن لم يقل سلّمت إليك بحكم الكفالة ، لأنّ التسليم بحكم الكفالة وإن لم يثبت نصّاً من الكفيل فقد ثبت دلالة ، لأنّ تسليم الكفيل حصل بناء على طلب الطالب ، وطلب الطالب كان بحكم الكفالة ، وصار كأنّ الطالب قال سلم نفسه إليّ بحكم الكفالة ، ولو نصّ على هذا وسلّم كان تسليماً منه بحكم [الكفالة كالطلاق][2] فإنه

١- انظر: المبسوط ١٩/١٧٠.

٢- انظر: رد المحتار ٣/٣٠٠ ، كتاب الطلاق ، باب الكنايات ، وباب الطلاق ٣/٣١٩.

يقع من غير نيّة، لأنّ قوله: أنت بائن، يصلح جواباً لسؤالها على ما عرف في الطلاق ، فكأنه قال: طلقتك طلاقاً بائناً ، هذا إذا سلّم بعد ما طلب الطالب التسليم منه أمّا إذا سلم نفس المكفول به من غير طلبه ، فهذا لا يخلو إمّا أن يقول أسلّم إليك بجهة الكفالة ، أو سلّم إليه ولم يقل شيئاً فإن نصّ على التسليم من جهة الكفالة يبرأ ، لأنه لما نصّ على ذلك انتفى التسليم من جهة أخرى ، أمّا إذا سلّم ولم يقل شيئاً ولم يكن سبق من الطالب طلب بالتسليم لا يبرأ ، لأنّ الكفالة صحّت وقد وقع الشك في ارتفاعها، إن أراد به التسليم عن جهة الكفالة يبرأ ، وإن أراد بذلك التسليم بحكم الاستعارة أو الإجارة لا يبرأ ، فإن أطلق فقد وقع الشك في ارتفاع الكفالة فلا يرفعها بالشّك.

(٣٢٢) فإن قيل يجب أن يحمل مطلق التسليم على التسليم من جهة الكفالة ، كما أن مطلق الإقرار بالقبض يحمل على الإقرار بالقبض من جهة الكفالة.

قلنا: إن قول الطالب قبضت نفس فلان من فلان إقرار بالقبض وليس بمباشرة للقبض ، وإن القبض من فلان بحكم الكفالة حقيقة ، وللقبض منه بجهة أخرى مجاز ، لأنّ القبض منه بجهة الكفالة يكون قبضاً منه من كل وجه ، والقبض من جهة أخرى لا يكون قبضاً من كل وجه ، إنما يكون من حيث الصّورة ، أمّا من حيث المعنى يكون القبض من الذي له عليه الحقّ لا منه ، لأنه لا تسليم عليه بهذه الجهة ، ومطلق الكلام لحقيقته حتّى يقوم الدليل على مجازه ، وإذا صرف إلى الحقيقة صار كأنّه قال قبضت نفس

فلان من فلان عن الكفالة ، وأمّا التسليم باليد مباشرة فعل وهو الإعطاء وليس بكلام والحقيقة والمجاز للأقوال لا لمباشرة الأفعال ، وفعل التسليم بجهة الكفالة وبجهة أخرى سواء من حيث أنّه فعل يوجد من الكفيل حال مباشرة الفعل فلم يتعيّن أحد التسليمين من الآخر فبقى محتملاً فلا يبرأ ، هكذا ذكره شيخ الإسلام في شرحه[1] وأشار إلى النظير وقال:

(٣٢٣) رجل وكّل رجلاً بخلع إمرأته فإنّه يصير وكيلاً بالخلع بمال وإن لم يسمّ مالاً ، وبمثله لو باشر الزوج الخلع بأن قال خالعتك وقبلت المرأة فإنّه يقع بغير مال ، لأنّ التوكيل بالخلع ليس بمباشرة للخلع بل إنّما هو أمر بالخلع ، والأمر يحتمل الخصوص والعموم ، فحمل على الخصوص بدلالة العرف ، فإنّ العرف أنّ الخلع يكون بمال وخلع الزوج مباشرة فعل ، وليس بأمر للخلع وليس للفعل الواقع بالمباشرة خصوص وعموم فيكون وقوعه بقدر ما أوقعه الفاعل ، وقد أوقعه الزوج بغير مال ، ولا يمكننا أن نجعله واقعاً بمال وإنّه يصحّ بغيرمال ، فكذا هذا ، وذكر الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي رحمه الله[2] أن يبرأ الكفيل ، وذكر

١- انظر: الهندية ٢١٦/٣ ، نصّه: قال شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده قال مشائخنا شرط التسليم من الكفالة شرط لازم. (البحر الرائق٢١٣/٦).

٢- هو الإمام أحمد بن محمّد بن حامد أبو بكر الطواويسى ، (قال الجامع) ذكره السمعاني في ذكر نسبته ، وقال: الطواويسي ، بفتح الطاء المهملة والألفين الواوين وسكون الياء المنقوطة باثنتين من تحت في آخرها السين ، هذه النسبة إلى طواويس" قرية من قرى بخارى على ثماني فراسخ منها: الفقيه الفاضل الورع الزاهد الثقة أبو بكر=

الشيخ الإمام شمس الأئمّة السرخسي رحمه الله[1] إذا سلّم الكفيل المكفول بـه إلى الطالب يبرأ منه و لم يشترط التسليم بجهة الكفالة ولا التسليم بعد ما طلب المدّعي.

[دفع الكفيل المكفول به إلى الطالب]

(٣٢٤) وإذا دفع الكفيل المكفول به إلى الطالب وقال أسلّم إليك من جهة الكفالة وأبى الطالب القبول أجبر على القبول فإذا دفع المكفول بنفسه نفسه إلى الطالب وأشهد أنّه إنّما دفع إليه من كفالة فلان يجبر الطالب على القبول ويبرأ الكفيل من الكفالة، كما لو سلّم الكفيل بنفسه نفسه ، ثمّ إنّ محمّداً رحمه الله[2] شرط في هذه المسألة التسليم من كفالة فلان ، قال شيخ الإسلام[3]: قال مشايخنا رحمهم الله شرط التسليم من الكفالة شرط لازم.

=أحمد بن محمّد ... كان من عباد الله الصّالحين أثنى عليه أبو سعد الإدريسي ، في كتاب الكمال (الفوائد البهية /٣١).

١- انظر: المبسوط ١٦٥/١٩ ، نصّه: وإذا سلّم الكفيل المكفول إلى الطالب برئ منه ، لأنّه أوفاه ما التزمه له.

٢- انظر: الهندية ٢٦١/٣ ، نصّه: ثم محمّدا رحمه الله شرط في هذه المسألة التّسليم من كفالة فلان.

٣- انظر: الهندية ٢٦١/٣.

أمّا شرط التسليم من كفالة فلان إنّما يحتاج إليه إذا كان فيه كفيلاً كالواحد منهما بعقد على حدة ، أما إذا كان بنفسه كفيل واحد فلا حاجة إلى ذكر فلان .

(٣٢٥) قال ، وإذا طلب رجل ، أن يكفل له بنفس آخر ففعل فإنّ الكفيل يؤخذ به ، لأنّه كفل بحقّ واجب على الأصيل ، ويجبر الأصيل على تسليمه ، وهو مقدور التسليم للكفيل فصحّت هذه الكفالة ، وإن حصل بغير أمر الأصيل ، كما في باب المال إذا كفل بغير أمر الأصيل ، ولا يرجع الكفيل على المكفول به ، أي ليس للكفيل أن يقول: اذهب معي حتّى أسلّمك إلى الطالب لأنّ للمطلوب أن يقول كفلت تسليم نفسي بغير أمري وليس لك أن تطالبني بالتسليم كالكفيل بالدين إذا كفل بغير أمر المكفول عنه ، لأنّه كفل عنه بغير أمره ، فإن قيل إذا لم يجبر المكفول به على الذهاب ليسلّمه إلى خصمه وجب أن لا تصحّ الكفالة ، لأنّه كفل بما لا يقدر على تسليمه ، قلنا: تسليمه ممكن في الجملة بأن يحتال حتّى يجمع بين الطالب والمكفول به في مكان ، فيقول سلمت إليك نفسه من الكفالة ، فيقدر على تسليمه بهذا الطريق ، فقد حصلت الكفالة بما يقدر على تسليمه في الجملة.

(٣٢٦) ومنهم من قال يدّعي الكفيل عليه حقّاً؟ فيعديه القاضي إلى بابه، ثمّ يسلّمه فيقدر على تسليمه بهذا الطريق ، ولكن قالوا هذا يصلح حيلة للتسليم إلا أنه لا يحل ، لأنه كذب و الصحيح من الحيلة هي الأولى ولا يرجع على الآمر بشيء كما إذا قال له: أكفل لي بمالي على فلان من الدين فكفل

عنه بغير أمر الأصيل وأدّاه الدين لم يكن له أن يرجع على الطالب بشيء ، لأنّه لم يضمن شيئاً فلا يكون له الرجوع فكذا هذه.

[الكفالة في الحدود والقصاص]

(٣٢٧) وإذا كفل الرجل وللطالب قبله دعوى دم عمد أو قصاص فيما دون النفس أوحد سرقة أو قذف ، ذكر في الجامع الصغير[1] عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمهما الله أنّه لا كفالة في الحدود والقصاص ، وذكر في المبسوط[2] أنّ الكفالة جائزة ، فمن مشايخنا من قال ما ذكر في المبسوط قول

١- انظر: الهداية مع الفتح ١٦٧/٧ ، نصّه: ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة رحمه الله.

فعند أبي حنيفة رحمه الله لا يجبر عليها وعندهما يجبر في حدّ القذف وفي القصاص قيّد بالجبر لأنّ أخذه برضاه بلا طلب في حدّ القذف والقصاص جائز اتفاقاً ، لهما أنّها شرعت لتسليم النفس وهو واجب على الأصيل فصحّت به كما في دعوى المال بخلاف الحدود الخالصة لأنّها محض حق الله تعالى ، وله إطلاق قوله عليه الصلاة والسلام لا كفالة في حدّ ولأنّها للاستيثاق ومبناها على الدرء".

انظر: البحر الرائق ٢١٥/٦ ، فتح القدير ١٦٧/٧ ، الفتاوى الهندية ٢٥٨/٣.

٢- انظر: شرح أدب القاضي للصدر الشهيد: ٢٨١/٢-٢٨٣.

ولو ادّعى قبل رجل قصاصاً في نفس أو دونها أو حداً في قذف وسأل القاضي أن يأخذ له كفيلاً بنفسه وقال بيّنتي حاضرة لم يجبه القاضي إلى ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قول أبي يوسف ومحمّد رحمهما الله يجيبه إلى ذلك لأنّ تسليم النفس مستحقّ على الأصيل الطالب في هذا الموضع فتصحّ الكفالة به كما في دعوى المال وهذا لأنّ تسليم النفس تجري فيه النيابة فالكفيل إنّما يلتزم ما يقدر على إيفائه ،=

أبي يوسف ومحمّد رحمهما الله وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله لا يصحّ ، ومنهم من قال ما ذكر في المبسوط قولهم جميعاً وكان يوفق بين ما ذكر في المبسوط وبين ما ذكر في الجامع الصغير ، أراد بقوله "لا كفالة في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة رحمه الله" أنّ المدّعى عليه إذا امتنع من إعطاء الكفيل فالقاضي لا يجبره على ذلك ، لأنّ الحدود والقصاص يحتال لدرئهما فلا يليق بهما الجبر على التوثيق.

فإن أعطى كفيلاً من غير جبر صحّت الكفالة ، لأنّ الكفيل التزم تسليم النفس ، وتسليم النفس واجب عليه ، لأنّه كفل بحقّ واجب على الأصيل وهو قادر على إيفائه ، فتصحّ كما في سائر الحقوق فأمّا القصاص وحد القذف والسرقة إنّما يفارق غيرها من الحقوق عند أبي حنيفة رحمه الله في حقّ الإجبار على إعطاء الكفيل، وأمّا في حقّ الجواز متى طابت نفس المدّعى عليه بذلك فالكل سواء ، ويجوز أن لا يجبر الإنسان على شيء ، ثمّ إذا أعطى من غير إجبار فإنّه يجوز ذلك ، كمن كان عليه دين مؤجّل لا يجبر على إيفاء الدين قبل مضي الأجل ، وإذا أعطى من غير إجبار جاز ، فكذلك هذا ، ثمّ إنّما يجوز الكفالة بالنفس في الحدود إذا كان للعبد فيه حقّ بوجه ما ، كما في حقّ القذف ، فإن للمقذوف في نفس الحدّ حقّاً وكما في السرقة فإنّ للعبد حقّا في

=وأبو حنيفة رحمه الله يقول تسليم النفس هنا لمقصود لا تصحّ الكفالة به وهو الحدّ والقصاص ، فلا يجبر على الكفيل بالنفس فيهما بخلاف المال ، وهذا لأنّ العقوبات تدرأ بالشبهات ، (المبسوط ٢٠/١٠٣ ، انظر: للتفصيل صفحة: ١٠٤-١٠٥.

المال ، وإن لم يكن له حقّ في الحدّ ،فأمّا إذا كان حدّاً ليس للعبد فيه حقّ بوجه ما ، لا يجوز الكفالة وإن طابت نفس المدّعى عليه بذلك ، سواء أعطى الكفيل قبل إقامة البيّنة أو بعد الإقامة ، أمّا قبل إقامة البيّنة فلأنّه لم يستحق أحد عليه حضور بمجلس الحكم بسبب الدعوى ، لأنّه لا يسمع دعوى أحد في الزنا ، وبعد قيام البينة قبل التعديل يحبس ، وبالحبس حصل الاستيثاق فلا معنى لأخذ الكفيل ، وأمّا حدّ القذف والسرقة فحضور المدّعى عليه بمجلس الحكم مستحقّ عليه بنفس الدعوى حتّى يجبره القاضي على الحضور كما في سائر الحقوق ، وسيأتي تمام هذه المسائل في باب الدعوى والشهادة إن شاء الله تعالى.

[الكفالة بالنفس قبل ادعاء المكفول له]

(٣٢٨) قال: رجل كفّل بنفس رجل و لم يكن المكفول له ادّعى قبله شيئاً فالكفالة جائزة ، لأنّ إقدام الكفيل على الكفالة بنفس المكفول به لا يصحّ إلاّ بعد أن يكون حضور المكفول به بمجلس الحكم مستحقاً للطالب في زعمه ، فالكفالة حاصلة بحقّ مستحقّ على الأصيل في زعم المدّعي ، فكان بمنزلة ما لو كفل عن رجل بمال لرجل والمكفول عنه ينكر المال فحينئذ صحّت الكفالة ، فإن خاصم الكفيل بالنفس الطالب إلى القاضي وقال إنّه لا حقّ لك قبل الذي كفلت به لا يلتفت إلى دعواه ويؤخذ بالكفالة ، لأنّ الكفيل مناقض في هذه الدعوى ، لأنّه أقرّ بوجوب الحقّ على الأصيل حيث أقدم على الكفالة فإذا ادّعى أنّه لم يكن واجباً كان مناقضاً والمناقضة تمنع صحّة الدعوى.

وكان كمن باع مملوكاً من إنسان ثمّ ادّعى أنّه كان اعتقه أو دبّره لم يصحّ ، لأنّه لما أقدم على البيع أقرّ أنّ المملوك ليس بمعتق ، ولا بمدبر فإذا ادّعى أنّه معتق أو مدبر صار مناقضاً وكان ساعياً في نقض ما عقد ، فكذا هذا فإن أقرّ الطالب أنّه لاحق له قبل المكفول به لا له ، ولا لأحد هو بسبيل منه فإنّ الكفيل يبرأ ، لأنّه نفى الحقّ الثابت له بحكم الملك.

[براءة الأصيل توجب براءة الكفيل]

(**٣٢٩**) والحقّ الثابت له بحكم النيابة وصحّة الكفالة إنّما يكون باعتبار أحدهما ، فإذا أبرأهما فقد برئ الأصيل عن الحقوق كلّها ، وبرأة الأصيل توجب برأة الكفيل ، بخلاف ما لو قال لا حقّ لي قبل المطلوب لأنّه لم ينف الحقوق كلّها ، ولو جحد الطالب هذه المقالة وشهد عليه بذلك الشهود فإنّ الكفيل يبرأ من كفالته ، لأنّ هذه البيّنة قبلت من الكفيل ، لأنّه ادّعى برأة نفسه بما ادّعى من إقرار الطالب فكان مثبتاً حقّاً لنفسه بهذه البيّنة فلابدّ من قبولها ، وإذا قال لا حقّ له قبل المكفول به وأراد أن يأخذ الكفيل به كان له ذلك ، لأنّ المنفي من حيث الحقيقة الحقّ الثابت للطالب قبل المكفول به بحكم الملك لا الحقّ الثابت له بحكم النيابة عن الغير لأنّه نفى حقاً مضافاً إليه والحقّ مضاف إليه من حيث الحقيقة الحقّ الثابت له بحكم الملك بأن كان أصيلاً فيما ادّعى من الحقّ قبل المكفول به ، فإنّه يكون مضافاً إليه بحكم الملك والدعوى جميعاً ، أمّا الحقّ الثابت له بحكم النيابة عن الغير مضاف إليه من حيث الدعوى والخصومة ، أمّا من حيث المقصود والملك فهو مضاف إلى الغير فكان الحقّ مضافاً إليه بحكم النيابة عن الغير مضافا إليه من وجه دون وجه ، والحقّ الثابت له بحكم الملك مضاف إليه من كل وجه ، والكلام لحقيقته حتّى يقوم الدليل على مجازه ، وإذا وجب حمله على الحقيقة صار كأنّه نصّ على ذلك ،

فقال لاحق لي قبل الطالب بحكم الملك ، ولو صرّح بهذا لم يبرأ عن الحقّ الثابت له بحكم النيابة ، وإذا كان كذلك وقع الشك في بطلان هذه الكفالة إن كانت حاصلة بحكم الملك برئ ، وإن كانت حاصلة بالحقّ الثابت بحكم النيابة عن الغير بأن كان وكيلاً أو وصياً لميت فلا يبرأ بالشك والاحتمال.

[التأقيت في الكفالة بالنفس]

(٣٣٠) قال وإذا كفل رجل بنفس رجل إلى شهر ، أو إلى ثلاثة أيام وما أشبه ذلك فهو جائز ويطالب الكفيل بعد ما مضى الشهر ، ولا يطالب في الحال - وروي عن أبي يوسف رحمه الله[1] أنه يطالب به في الشهر، ولا يطالب بعد مضي الشهر ، وهو قول الحسن بن زياد[2] والذي يؤيّد ظاهر الرواية ويوضحه ماقال في الكتاب أنّه يصير كفيلاً بعد ما مضى الشهر ما نصّ في طلاق عصام[3] ، أنّه إذا قال لامرأته أنت طالق إلى الليل أو إلى السنّة يقع

١- انظر: ردّ المحتار ٢٥٥/٤ ، فيه حاصله أنّه إذا قال كفلت لك زيداً أو ما على زيد من الدين إلى شهر مثلاً صار كفيلاً في الحال أبداً أي في الشهر وبعده ، ويكون ذكر المدّة لتأخير المطالبة إلى شهر لا لتأخير الكفالة ، كما لو باع عبداً بألف إلى ثلاثة أيام يصير مطالباً بالثمن بعد الثلاثة ، وفي السراجية وهو الأصحّ ، وفي الصغرى وبه يفتى كما في البحر ، قلت ومقابله ما قاله أبويوسف وهو ظاهر الرواية... في المدّة فقط وبعدها يبرأ الكفيل... وفيها أيضاً ولو قال كفلت فلاناً من هذه الساعة إلى شهر تنتهي الكفالة بمضي الشهر بلا خلاف ... والحاصل أنّه إما أن يذكر إلى بدون من فيقول كفلته إلى شهر وهي مسألة المتن فيكون كفيلاً بعد الشهر ولا يطالب في الحال وعند أبي يوسف والحين هو كفيل في المدّة فقط ، وأيضاً (الفتاوى الهندية ٢٧٨/٣).

٢- أيضاً.

٣- انظر: الخانية على هامش الهندية ٥٣/٣ .

الطلاق بعد الأجل وكذا لو قال لامرأته: أنت طالق إلى عشرة أيّام فإنّه يقع الطّلاق عليه بعد مضي العشرة ، إلا على قول زفر رحمه الله ، فإنّ عنده يقع الطلاق عليها ، وعلم أنّه يصير كفيلاً بعد الشهر ، وروى الحاكم[1] عن أبي يوسف رحمه الله أنّه يقع الطلاق للحال ، وهذا بخلاف ما إذا قال: أمر امرأتي بيدك إلى سنة حيث يصير الأمر بيده للحال إلى سنة فإذا تمّت السنة لا يبقى الأمر في يده ، لأن الطّلاق لا يحتمل التوقيت، فجُعل إضافة، والأمر باليد والكفالة يحتمل التوقيت لكنّ هذا إضافة إلى المدّة عرفاً ، ووجه آخر لظاهر الرواية أنّ الكفالة منجزة إلاّ أنّ قوله إلى شهر تأجيل دخل

=هو ابن يوسف بن ميمون بن قدامة أبوعصمة البلخي أخو إبراهيم بن يوسف ، كانا شيخي البلخ في زمانهما بغير مدافع لهما ، (قال الجامع) ذكر السمعاني عند ذكر نسبة البلخي المشهور بهذه النسبة ، عصام بن يوسف ... يروي عن بن المبارك وروى عنه أهل بلده وكان صاحب حديث ثبتاً في الرواية وفي الجواهر المضيئة ، روى عن شعبة الثوري ذكره ابن حبان في الثقات ، وذكر الذهبي أنه مات ببلخ سنة ٢١٥ من الهجرة ، الجواهر المضيئة ٢/٥٢٦-٥٢٧ ، الفوائد البهية / ١١٦).

١- انظر: الخانية على هامش الهندية ٣/٥٣ ، نصّه: وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يصير كفيلاً في الحال وقال في الطلاق يقع الطلاق في الحال أيضاً .

هو محمّد بن محمّد بن أحمد بن عبد الله بن عبد المجيد بن إسماعيل بن الحاكم الشهيد المروزي البلخي ولّي قضاء البخارى ثمّ ولاّه الأمير صاحب خراسان وزارته وقتل شهيداً في ربيع الآخر سنة ٣٤٤ من الهجرة ، سمع بمرو على أبي رجا محمّد حمدويه وهو يروي عن أحمد بن حنبل ، صنّف المختصر والمنتقى والكفي وغيره ، كان يحفظ ستين ألفاً من حديث رسول الله ﷺ ، وتصانيفه تدلّ على كمال فضله كالكافي (الفوائد /١٨٦).

على حكم الكفالة ، وحكمها المطالبة فاقتضى تأخيرها إلى انقضاء الشهر ، كما لو اشترى عبداً بدراهم إلى شهر فالمطالبة بأداء الثمن إنّما يتوجّه بعد مضي الشهر كذا هذا ، والذي يشهد لأبي يوسف والحسن بن زياد رحمهما الله مسألة الظهار والإيلاء، فإنّه إذا ظاهر منها مدّة معلومة أو آلى منها مدة معلومة فالإيلاء والظهار يقعان في المدة ويبطلان بمضي المدة ، وروي عن أبي يوسف رحمه الله رواية أخرى أنّه إذا قال: كفلت بنفس فلان إلى عشرة أيّام يطالب بعد مضي العشرة ولا يطالب في العشرة وهو اختيار شمس الأئمّة الحلواني[1] رحمه الله لأنّه أشبه بعرف الناس وعاداتهم فكان الأخذ به أولى ، وكان الشيخ القاضي الإمام سيف السنّة أبو علي النسفي رحمه الله يقول: قول أبي يوسف رحمه الله أشبه بعرفنا ، فإن الناس إذا كفلوا إلى مدة يطالبون في المدة لا بعدها ، فيجب على المفتي أن يكتب في الفتوى إذا مضت المدّة

١- وفي التاتارخانية ، عن جمع التفاريق قال: واعتماد أهل زماننا على أنّه كالثاني قلت: وينبغي عدم الفرق بين الصّور الثلاث في زماننا كما هو قول أبي يوسف والحسن ، لأنّ الناس اليوم لا يقصدون بذلك إلاّ توقيت الكفالة بالمدّة وأنّه لا كفالة بعدها ، وقد تقدّم أنّ مبنى ألفاظ الكفالة على العرف والعادة وأنّ لفظ عندي للأمانة وصار في العرف للكفالة بقرينة الدين ، وقالوا إنّ كلام كلّ عاقد وناذر وحالف وواقف يحمل على عرفه سواء وافق اللغة أولا ، ثمّ رأيت في الذخيرة قال: وكان القاضي الإمام الأجل أبو علي النسفي يقول: قول أبي يوسف أشبه بعرف الناس إذا كفلوا إلى مدّة يفهمون بضرب المدّة أنّهم يطالبون في المدّة لا بعد ها إلاّ أنّه يجب على المفتي أن يكتب في الفتوى أنّه إذا مضت المدّة المذكورة فالقاضي يخرجه عن الكفالة احترازاً عن خلاف جواب الكتاب وإن وجد هناك قرينة تدلّ على إرادته جواب الكتاب فهو عليه (ردّ المحتار ٢٥٥/٤ ، كذا في الخانية على هامش الهندية ٥٤/٣).

المذكورة فالقاضي يخرجه عن الكفالة احترازاً عن خلاف جواب الكتاب ، وإن وجد هناك قرينة تدلّ على إرادته جواب الكتاب فهو على جواب الكتاب، فإن قيل يجب أن لا تصحّ الكفالة المؤجلة لأنّ الكفالة المؤجّلة كفالة حصلت بها النفس ، والنفس عين والتأجيل في الأعيان باطل إلاّ أنا نقول: الكفالة بالنفس كفالة بتسليم فعل النفس وفعل التسليم واجب في الذمّة وما يجب في الذمّة يجوز ثبوته حالاً ومؤجّلاً كالكفالة بالديون فإن دفع الكفيل المكفول به قبل مضي الشهر إلى الطالب يبرأ الكفيل ، ولو امتنع عن القبول يجبر الطالب على القبول ، وهذه المسألة تدلّ على أنّه يصير كفيلاً قبل مضي الشهر على ظاهر الرّواية لأنّه لو لم يصر كفيلاً لما أجبر على القبول.

(٣٣١) ولو قال: كفلت بنفس فلان شهراً ذكر صاحب الذخيرة[1] أنّ محمّداً رحمه الله لم يذكر هذا الفصل في الكتاب ، وقد اختلف المشائخ رحمهم الله فيه قال بعضهم: هذاكما لو قال: إلى شهر، ومنهم من قال: في هذه الصورة يطالب الكفيل في المدّة ويبرأ بمضي المدّة ، وإليه مال الشيخ الإمام الزاهد عبد الواحد الشيباني رحمه الله[2]، وفي كفالة النوازل[3]: قال الفقيه أبو جعفر: فيمن كفل بنفس رجل إلى ثلاثة أيام ومضى الأيام الثلاثة لا يبرأ من الكفالة أبداً ،

١- انظر: الفتاوى الهندية ٢٧٨/٣ ، نصّه: ولو قال: كفلت بنفس فلان شهراً أو قال ثلاثة أيام ثم لم يذكر محمّد رحمه الله تعالى هذا الفصل في الكتاب.

٢- انظر: الهندية ٢٧٨/٣.

٣- انظر: الخانية على هامش الهندية ٥٤/٣ ، وفي لسان الحكّام: كفل ثلاثة أيام لا يبرأ بمضيها ، والثلاثة لتأخير المطالبة ، قاله أبو جعفر ، (لسان الحكّام مع معين الحكّام /٢٥٦) ، كذا في الدر المختار ٢٥٥/٤.

وإنّما الثلاثة الأيّام أجل لتأخير المطالبة لا لالتزام المطالبة ، وذكر في كفالة العيون[1]: من ضمن بنفس رجل إلى عشرة أيّام فمضت العشرة فهو عليه أبداً حتّى يبرأ منه ، قال الفقيه أبو اللّيث رحمه الله[2]: وبه نأخذ ، وعن الشيخ الإمام الفقيه أبي بكر[3] الإسكاف أنّه قال: كنت عند الحاكم عبد[4] الحميد فأراد أن يطالب رجلاً بكفالة نفس فلان قد كفل إلى ثلاثة أيام فقلت: لا يلزم المطالبة إلاّ بعد ثلاثة أيّام ، فإذا مضى ثلاثة أيّام فله المطالبة بنفسه أبداً ما لم يسلم إليه ، ألا ترى أنّه لو باع إلى ثلاثة أيّام فالثمن لا يلزم إلاّ بعد ثلاثة أيّام هذا قال عبد الحميد: بارك الله فيك لا أعلم بذلك.

(٣٣٢) قال محمّد رحمه الله[5]: رجل كفل بنفس رجل فأراد الرجل أن يخرج إلى السفر فيمنعه الكفيل ، فإن كان ضمانه إلى أجل فلا شيء له عليه ، وإن كان حالاً فللكفيل أن يأخذه حتى يخلّصه منه ، وإذا كفل رجل بنفس

١- انظر: لسان الحكّام /٢٥٦ ، فيه: وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: "كفل إلى عشرة أيّام فهو عليه أبداً حتّى يبرأ".

٢- راجع: لسان الحكّام /٢٥٦ ، نصّه : قال الفقيه أبو الليث: الفتوى على أنّه لا يصير كفيلاً " ، وفي الدرّ المختار في لسان الحكّام عن أبي الليث وأنّ عليه الفتوى ٢٥٥/٤.

٣- لم أجد هذه العبارة.

٤- قد مر ذكره.

٥- انظر: خلاصة الفتاوى ١٧٠/٤ ، نصّه: وفي الأصل: رجل كفل بنفس رجل أو بمال بأمره فأراد الخصم أن يخرج من البلد إن كان ضمانه إلى أجل ليس للكفيل أن يمنعه ، فإن لم يكن إلى أجل له أن يطالبه إمّا بأداء أو بتسليم النفس.

رجل ثمّ إنّ الطالب لقي المطلوب وأخذ منه كفيلاً آخر بنفسه فهما كفيلان ولا يبرأ الكفيل الأول ، لأنّ الكفالة شرعت في الأصل وثيقة ، وأخذ كفيل آخر يوجب زيادة في التوثيق فجازت الثانية مع بقاء الأولى.

(٣٣٣) وإذا كفل لرجلين بنفس رجل فدفعه إلى أحدهما لا يبرأ عن كفالة الآخر ، كما لو كان كفيلاً لرجلين بمال فدفعه إلى أحدهما لم يبرأ عن نصيب الآخر فكذا هذا ، والله اعلم.

النوع الثالث

في كفالة الصبي والمجنون المغلوب وكفالة العبد والمكاتب وكفالة أهل الذمّة وسائر تصرّفاتهم ، ونبدأ ببيان تصرّفات الصبي والإذن الصادر له من الولي

[تصرفات الصبي]

(٣٣٤) قال محمّد رحمه الله[1]: إذا أذن الأب لابنه في التجارة ، وهو صغير لم يبلغ إلاّ أنّه يعقل البيع والشراء يصحّ ، وقال الشافعي رحمه الله: لا يصحّ فالمذهب عندنا أنّ الصبي العاقل صحيح العبارة فيما ينفعه من التصرّفات نفاذاً وانعقاداً وفيما يتردّد بين الضرر وبين النفع فهو صحيح العبارة انعقاداً لا نفاذاً ، وفيما يضرّه من كل وجه كالطلاق والعتاق والكفالة فهو فاسد العبارة نفاذاً وانعقاداً ، ثمّ ذكر محمّد رحمه الله إذا كان يعقل البيع والشراء ، ولم يذكر لذلك حدّاً ، فمن أصحابنا من قال: معنى قوله يعقل البيع أي يعرف أنّ البيع سالب جالب يعني يسلب الملك ويجلب الربح ، ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش ، هكذا ذكر شمس الأئمّة السرخسي رحمه الله[2] في المبسوط وشيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده في شرح المأذون ، وإذا كان صحّ الإذن للصبي في التجارة يصير هوبمنزلة الحرّ البالغ فيما يدخل تحت الإذن لأنه بعد الإذن ،

١- انظر: الفتاوى الهندية ٥/١١٠.

٢- أي في شرحه المأذون ، انظر: الهندية ٥/٥٤.

يتصرّف بحكم انفكاك الحجر وإسقاط الحقّ لا بحكم النيابة عن الولي عند أصحابنا رحمهم الله.

(٣٣٥) وعند الشافعي رحمه الله هو يتصرّف بحكم التفويض والتوكيل، قال: وإذا أقرّ الصبي بدين التجارة صحّ إقراره ، لأنّ الإقرار بدين التجارة داخل تحت الإذن ، لأنّه من صنع التجار ، ولو أقرّ بمال ورثه من أبيه ذكر في ظاهر الرّواية[1] أنّه يصحّ ، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنّه لا يصحّ إقراره إلا في كسبه ، وقاسه على العبد المأذون لو أقرّ بشيء من الأموال التي في يد المولى لا يصحّ كذا هذا.

[تصرفات المعتوه]

(٣٣٦) وإذا أذن لابنه الكبير المعتوه في التجارة فالجواب فيه كالجواب في الصبي إذا كان ممّن يعقل البيع والشراء ، وإن كان ممّن لا يعقل لا يصحّ الإذن ، هذا إذا بلغ معتوهاً.

(٣٣٧) أمّا إذا بلغ عاقلاً ثمّ عته فأذن له الأب في التجارة هل يصحّ إذنه ؟ كان الفقيه أبو بكر البلخي رحمه الله[2] يقول: لا يصحّ

١- انظر: الهندية ١١١/٥ ، نصّه: وفي ظاهر الرواية كما يجوز إقراره فيما اكتسبه يجوز فيما ورثه عن أبيه كذا في المبسوط.

٢- انظر: الفتاوى الهندية ١١٢/٥ ، نصّه : كان الفقيه أبوبكر البلخي يقول: يصحّ استحساناً وهو قول محمّد رحمه الله . =

إذنه قياساً ، وهو قول أبي يوسف رحمه الله ، ويصحّ استحساناً ، وهو قول محمّد رحمه الله ، وكان الفقيه أبو بكر محمّد بن إبراهيم الميداني رحمه الله[1] يقول: لا يصحّ إذنه قياساً ، وهو قول زفر رحمه الله ، ويصحّ استحساناً ، وهو قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله ، وعلى هذا إذا بلغ عاقلاً ثمّ جنّ ، وحاصل الخلاف راجع إلى أنّه متى عته أو جنّ بعد ما بلغ عاقلاً هل يعود ولاية الأب عليه ثانياً فعلى قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله على ما يقوله الفقيه أبو بكر محمّد بن إبراهيم الميداني[2] رحمه الله تعود ، وعلى قول زفر رحمه الله لا تعود ، وعلى ما يقوله الفقيه أبو بكر البلخي لا تعود في قول أبي يوسف رحمه الله وإنّما تعود الولاية إلى القاضي والسلطان ، وعلى قول محمّد رحمه الله تعود الولاية إلى الأب.

تنبيه: إنّ المصنّف رحمه الله قد نسبه إلى الفقيه أبو بكر البلخي أنّه يقول: لايصحّ إذنه قياساً وهو قول أبي يوسف رحمه الله ، ولكن نسب في الهندية إلى الفقيه أبي بكر البلخي أنّه يقول: يصحّ استحساناً وهو قول محمّد رحمه الله فليتأمّل.س

١- انظر: الهندية ١١٣٢/٥ ، نصّه: وكان الفقيه أبو بكر محمّد بن إبراهيم الميداني يقول: يصحّ استحساناً وهو قول علمائنا الثلاثة.

٢- هو الإمام محمّد بن إبراهيم الضرير الميداني نسبة إلى ميدان بفتح الميم وقد تكسر ، ووقع في بعض المواضع أحمد بن إبراهيم والأول أصحّ ، شيخ كبير عارف بالمذهب قل ما يوجد مثله ، حدث عن أبي محمّد المزني وعنه ميمون ابن عليّ الميموني ، قال الذّهبي: من أئمّة الحنفية ، وله مناظرات مع أبي أحمد العياضي ، انظر: الفوائد البهية /١٥٥ ، الجواهر المضيئة ١٦/٣.

[تصرفات العبد]

(٣٣٨) قال: الأب إذا أذن لعبد ابنه الصغير في التجارة فهو جائز ، لأنّ الأب يملك التجارة في مال ولده الصغير فيملك إذن عبده في التجارة ، وكذا وصي الأب بعد موت الأب وكذا أب الأب إذا لم يكن له أب ، أما إذا كان حياً لا يصحّ إذن الجدّ وكذا إن كان له وصي الأب.

(٣٣٩) وإذا أذن القاضي لعبد اليتيم في التجارة وليس لليتيم أب ولا وصي جاز إذن القاضي ، ومتى صحّ إذن العبد أو الوصي أو القاضي ولحق العبد دين يباع رقبته في دين التجارة عندنا ، والكلام فيه نظير الكلام فيما إذا أذن الرجل لعبده في التجارة ولحقه دين.

(٣٤٠) ولو أنّ امرأة ماتت وأوصت إلى رجل وتركت ابناً صغيراً ليس له أب ولا وصي الأب ولا جدّ وتركت أموالاً ميراثاً لهذا الصغير فأذن الوصي لعبد من عبيده الذين ورثهم من الأم لا يصحّ، لأنّ ليس لوصي الأم ولاية التجارة في مال الصغير الذي ورثه من الأم لأنّ وصي الأم قائم مقام الأم ، ولم يكن للأم ولاية التجارة في مال الولد وكذا لوصيّها.

(٣٤١) وإذا قال القاضي: لعبد اليتيم اتجر في الطعام خاصة أو في البز خاصّة ، فإنّه يصير العبد مأذوناً في التجارات كلّها ، كما لو قال المولى: ذلك للعبد ولا يكون هذا من القاضي قضاء في فصل مختلف فيه لأنّ القضاء إنّما يكون بعد الخصومة ، فلا بدّ له من مقضي عليه ولم يوجد ذلك حالة الإذن وإذا لم يكن هذا قضاء من القاضي كان القاضي هذا والمولى سواء ، والمولى لو قال: ذلك للعبد يصير العبد مأذوناً في الأنواع كلّها.

[تقديم القاضي على غيره في الإذن للمحجور عليه]

(٣٤٢) قال: وإن كان للصغير أو المعتوه أب أو وصي أو جدّ ورأى القاضي أن يأذن للصبي أو المعتوه في التجارة فأذن له وأبى أبوه فإذنه جائز ، وإن كان ولاية القاضي مؤخرة عن ولاية الأب والوصي ، وإنما جاز إذن القاضي لأنّ الإذن في التجارة حقّ الصبي قبل الوليّ فإذا طلب من الأب الإذن وأبي الأب صار الأب عاضلاً له فانقلبت الولاية إلى القاضي كالولي في باب النكاح.

[سكوت القاضي عن تصرفات المحجور عليه]

(٣٤٣) وفي مأذون شيخ الإسلام[1] القاضي إذا رأى الصغير أو المعتوه أو عبد الصغير يبيع ويشتري وسكت لا يكون إذناً له في التجارة بخلاف المولى ، لأنّ الإذن من القاضي قضاء والقضاء لا يثبت بالسكوت ، ألا ترى أنّ القاضي إذا أذن للصغير فباع الصغير واشترى ولحقه ديون ثمّ جاء رجل واستحقّ الصبي بأن أقام بيّنة أنّه عبده فإنّ غرماء الصبي لا يرجعون بديونهم على القاضي لأنّ الإذن قضاء منه.

[رجوع الغرماء على الأب في دين الصغير]

(٣٤٤) والأب إذا أذن للصغير فباع واشترى ولحقه ديون ثمّ جاء رجل واستحقّ الصغير فغرماء الصغير يرجعون على الأب بديونهم .

١- انظر: الهندية ١١٣/٥ ، نصّه: وفي مأذون شيخ الإسلام القاضي إذا رأى الصغير أو المعتوه أو عبد الصغير يبيع ويشتري وسكت لا يكون إذناً له في التجارة.

[أثر الموت على الإذن]

ولا يبطل الإذن بموت القاضي وعزله بخلاف ما إذا أذن الرجل لابنه الصغير أو لعبد ابنه الصغير في التجارة ثمّ مات الأب والابن صغير كان موته حجراً له.

[كفالة الصبي]

(٣٤٥) قال: صبي كفل بنفس رجل أو صبي لا يجوز كفالته سواء كان محجوراً عليه أو مأذوناً له في التجارة ، أمّا إذا كان محجوراً عليه فلأن الكفالة إمّا أن تعتبر بالتبرعات أو بالتجارات فبأيّهما اعتبرنا لم تصحّ من الصبي قبل الإذن كما لا يصحّ منه سائر التبرعات والتجارات، وإن كان تاجراً فكذلك ، لأنّ الكفالة غير داخلة تحت الإذن ، لأن الداخل تحت الإذن إنما هو التجارة وما هو من توابع التجارة ، والكفالة ليست من توابع التجارة ، لأنّ الكفالة لا تخلو إمّا أن يكون بأمر المكفول عنه أو بغير أمره فإن كان بغير أمره فهو تبرّع من كلّ وجه لأنه لا يستحقّ عوضاً بإزاء ما يستحقّ عليه بالكفالة، وإن كان بأمره فهو تبرّع ابتداء لأنه أعاد ذمّته لإلزام المطالبة بما على المكفول عنه ، وإنّما تصير معاوضة متى أدّى ، فإذا لم تكن من التجارة ولا من توابع التجارة لم تدخل تحت الإذن في التجارة ، فصار الحال ما بعد الإذن كالحال ما قبله.

(٣٤٦) قال: "ولو كان لرجل قبل رجل دين فأدخل المطلوب ابنه في كفالة ذلك الدين كان ذلك باطلاً ، لأنّ إذن الأب للصبي بالكفالة عنه أو بماله لم يصحّ ، لأنّها تبرّع ، والتبرّع غير داخل تحت ولاية الأب ، ألا ترى! أنّه لا

يملك التبرّع من مال اليتيم لنفسه ، فلا يملك الإذن به ولا يقف على إجازة الصغير حتّى لو بلغ فأجاز لم يجز ، ما لم يجدّد الكفالة لأنّها عقد لا مجيز له حال وقوعه فلا يقف على إجازة الصغير على ما عرف من أصل أصحابنا رحمهم الله أنّ كل عقد لا مجيز له حال وقوعه لا يتوقّف على إجازة أحد ، بخلاف العبد البائع إذا كفل ثمّ عتق فأجاز صحّت الكفالة ، لأنّ امتناع صحّة الكفالة من العبد ليس لفساد عبارته ، بل لحقّ المولى ، فإذا زال حقّ المولى نفذت ، أمّا امتناع جواز الكفالة من الصبي لفساد عبارته فإن جدّد الكفالة بعد ما أدرك جاز وإن لم يجدّدها ولكن أقرّها بعد ما أدرك لا يؤاخذ به ، لأنّه أقرّ بكفالة باطلة ، لأنّه أضافها إلى حالة معهودة ، وقد ذكر في كتاب الإقرار أنّ المقر متى أضاف الإقرار إلى حالة معهودة يصدّق في الإضافة وإذا صدّق كان هذا إقراراً منه بكفالة باطلة.

(٣٤٧) وإن اختلفا فقال الطالب: كفلت وأنت بالغ وقال المقرّ: لا بل كفلت في حالة الصبى فالقول قول المقرّ ، لأنّ حاصل اختلافهما وقع في وجود أصل الكفالة ، الطالب يدّعي عليه كفالة وهو ينكر فيكون القول قوله ، وكذا لو أقر أنّه كفل بها وهو كان مغمى عليه أو مجنوناً أو مبرسماً ، وأنكر الطالب إن كان ذلك معهوداً من المقرّ كان القول قوله ، كما لو أضاف إلى الصبي وإن كان غير معهود يكون القول قول الطالب مع يمينه.

[كفالة الأخرس]

(٣٤٨) قال: وإن كان أخرس يكتب ويعقل فكتب كفالة بنفس أو بمال عليه ، أو كفل له رجل بشيء من ذلك وقبل بالكتابة أو بالإشارة فهو جائز ،

لأنّ الإشارة والكتابة من الأخرس في سائر التصرّفات أقيمت مقـــام العبـــارة للعجز عن العبارة ، فكذا في حقّ الكفالة.

(٣٤٩) قال: الأب أو الوصي إذا استدان ديناً على الصغـــير في نفقتـــه وأمراليتيم حتّى يضمن المال لصاحب الدين أو بنفس الأب أو الوصـــي قـــال: ضمانه بالمال جائز ، لأنّ الصبي التزم ما كان يلزمه قبل الضمـــان ، لأنّ الأب أو الوصي متى استدان في ما لابدّ منه للصغير كان لهما الرجـــوع بذلـــك في مـــال الصغير، والصبي بهذا الضمان لم يوجب على نفسه إلا ما كان واجباً من قبـــل فلم يكن هذا الضمان تبرّعاً ، والصبي بهذا الضمان أسقط رجوعهما عن نفسه فكانت تجارة من هذا الوجه.

فأمّا الضمان بنفس الأب والوصي لا يصحّ منه ذلك ، هـــذا إذا كفـــل هؤلاء عن رجل بمال أو نفس ، أمّا إذا كفل رجل لهؤلاء إن كان الصبي تـاجراً يصحّ قبوله ، لأنّ الصبي إن لم يكن من أهل أن يتبرّع ولكنّه أهل من أن يتبرّع عليه.

[الكفالة للصبي]

(٣٥٠) وإن كفل رجل بنفس أو مال لصبي محجور عليه أو مجنـــون أو مبرسم إن خاطب عنه وليّه فقبل صحّت الكفالة عندهم جميعاً، وإن خـــاطب أجنبي فقبل عنه توقّف على إجازة وليّه وإن لم يخاطب وليّه ولا أجنبي وإنّمـــا خاطب الصبي فالمسألة على الخلاف ، على قول أبي حنيفة رحمه الله لا تصحّ ، وهو قول محمدّ ، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تصحّ ، لأنّ مخاطبة الصبي لا عبرة لها فخرجت المخاطبة من البين ، والكفالة لا تتمّ بالكفيل وحده عندهمـــا خلافاً لأبي يوسف ، وقد ذكرنا هذه المسألة على الاستقصاء .

[الكفالة عن الصبي]

(٣٥١) قال وإذا كفل رجل عن صبي بنفسه أو بما عليه بإذنه أو بإذن وليّه أو بغير إذن وليّه صحّت الكفالة سواء كان الصبي مأذوناً له في التجارة أو محجوراً عليه عاقلاً أو غير عاقل لاستجماع شرائط صحّة الكفالة ، لأنّها حصلت بحقّ مضمون على الأصيل ، ثمّ إذا صحّت الكفالة وأخذ الكفيل بإحضار الصبي إن حصلت الكفالة بإذن من يلي عليه يجبر الصبي على أن يحضر معه ، لأنّ إذن من يلي على الصغير بالكفالة عنه أمر بقضاء ما عليه من الدين والأب والوصي يملكان الأمر بقضاء الدين عن الصغير فيما كان الأمر بالكفالة عنه.

(٣٥٢) وإن كان بغير إذن من يلي عليه وبغير إذن الصبي فإنّه لا يجبر الصبي على أن يحضر معه ، لأنّ الكفالة بنفسه حصلت بغير إذن المكفول به وبغير إذن من يلي عليه فلا يجبر المكفول به على أن يحضر معه ، وإن كان بإذن الصبي إن كان مأذوناً في التجارة يجبر على أن يحضر معه ، وكذا إذا كفل عنه بمال بأمره وأدّى كان له أن يرجع بذلك عليه ، لأنّ إذن الصبي المأذون بالكفالة بنفسه وبما عليه من المال معتبر شرعاً ، وإن كان لا يجوز كفالته عن الغير ، لأنّ كفالته عن الغير تبرّع منه على الغير من وجه ، وهو ليس من أهل أن يتبرّع على غيره ، أمّا الإذن بالكفالة عنه طلب التبرّع عليه وهو من أهل ذلك.

(٣٥٣) وإن كان الصبي محجوراً عليه لا يجبر على أن يحضر مع الكفيل وإن كان الصبي تاجراً وطلب أبوه إلى رجل أن يضمنه فضمّنه كان جائزاً وأخذ به الكفيل وكذا وصيّه أو جدّه وكذا القاضي وأمر هؤلاء بقضاء ما عليه

جائز ، لأنّه يكون استقراضاً منهم على الصغير ولهم ذلك فصحّ أمر هؤلاء بالكفالة عن الصغير.

(٣٥٤) قال: وإن تغيّب الغلام وأخذ الكفيل أب الغلام وقال: أنت أمرتني أن أضمّنه فخلّصني فإنّ الأب يؤخذ بذلك حتّى يحضر ابنه، لأنّ الصبي في قبضه وتدبيره .

ثمّ الإذن بالكفالة عن الصغير لا يصحّ من أخيه وأمّه وعمّه ، لأنّه أمر بالقضاء على الصغير وأمر هؤلاء بالقضاء عن الصغير لا يصحّ ، لأنّه استقراض وليس لهؤلاء ولاية الاستقراض على الصغير.

(٣٥٥) قال: وإذا كان له وصيان فأمر أحدهما بذلك لم يرجع الكفيل على الصغير حتّى يأمره الوصيان جميعاً عند أبي حنيفة ومحمّد رحمهما الله خلافاً لأبي يوسف رحمه الله.

وأمّا تصرّفات العبد المأذون والمحجور ، والإذن الصادر من المولى ، وصيرورته مأذوناً ومحجوراً صريحاً ودلالة فنبدأ ببيان شرط جواز الإذن وحكمه ، ثمّ نذكر سائر التصرّفات للعبد المأذون والمحجور في أبواب الحجر إن شاء الله تعالى فنقول:

[شروط الإذن بالتجارة للعبد]

(٣٥٦) شرط جواز الإذن من جهة الآذن أن يكون الآذن ممن له ولاية على المأذون فيما يأذن له ، ومن جهة المأذون أن يكون عاقلاً بما يؤذن له ، وحكمه شرعاً عندنا فك الحجر الثابت بالرق لا التوكيل والإنابة والثابت بالإذن في التجارة فك الحجر وإسقاط الحقّ ، والعبد بعد ذلك يتصرّف لنفسه بأهليته ، لأنّه بعد الرّق بقي أهلاً للتصرّف بلسانه الناطق وعقله المميّز

والحجارة عن التصرّف لحقّ المولى ، لأنّه ما عهد تصرّفه إلا موجباً تعلّق الدين برقبته أو كسبه وذلك مال المولى فلابدّ من إذنه كيلا يبطل حقّه من غير رضاه، ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى ، وكذا لا يتخصص إذنه بنوع دون نوع ، وكذا لا يتخصص بمكان دون مكان ولا بزمان دون زمان ، حتّى لو أذن لعبده يوماً كان مأذونا أبداً ، لأنّ الإسقاط لا يتوقّت ، ولأنّ العبد يتصرّف بحكم مالكيته الأصلية وأنّها عامّة لا يتخصّص بنوع ومكان ووقت وزمان ، وإنّما جعلنا حكم الإذن في التجارة ما قلنا ، لأنّ تصرّفات العبد تبتنى على الشراء ، لأنّ أوّل تصرّف يباشره العبد بعد الإذن في التجارة الشراء ، لأنّه لا مال له حتّى يبيع ، والعبد في الشراء متصرّف لنفسه لا للمولى، لأنّه يتصرّف في خالص حقّه ، وهو ذمّته بإيجاب الثمن ، وذمّته خالص حقّه ، ولهذا لو أقرّ على نفسه بالقصاص صحّ وإن كذّبه المولى ، وهذا المعنى يقتضي نفاذ تصرّفه في الأحوال كلّها ، ولكن شرطنا الإذن لمعنى آخر وهو أن يصير المولى راضياً بالضرر الحاصل بتصرّف العبد ، لأنّ تصرّف العبد لا ينفكّ عن شغل رقبته وكسبه ، ألا ترى أنّ تصرّف العبد قبل الإذن إذا وقع نافعاً في حقّ المولى ولم يقع ضاراً ينفذ على المولى ، حتّى أنّ العبد المحجور إذا آجر نفسه وسلم من العمل ينفذ الإجارة في حقّ المولى ، ويجب المسمّى ، ففي حقّ التصرّفات النافعة المحجور والمأذون سواء ، فثبت أنّ اشتراط الإذن من المولى لما قلنا لا لجواز شرى العبد ، والرضى بالضرر لا يتفاوت بين نوع ونوع ، ثمّ الإذن بالتصرّف إنّما يتخصّص إذا صادف الإذن عبداً محجوراً.

أمّا إذا صادف عبداً مأذوناً يتخصّص ، حتّى أنّ المولى إذا أذن لعبده في التجارة ثمّ دفع إليه مالاً وقال: اشتر به الطعام فاشترى العبد به الدقيق يصير مشترياً لنفسه ، نصّ عليه محمّد رحمه الله في باب العبد الذي أذن له مولاه في التجارة ثمّ يدفع إليه مالاً ليعمل به، لأنّ الإذن إنّما لا يقبل التخصيص عندنا إذا صادف المحجور لا المأذون، لأنه صار منفك الحجر بالإذن السابق فجعل هذا الإذن توكيلاً وقد خالف موكّله حيث اشترى ما لم يوكله به ، والوكيل بالشراء إذا خالف موكّله ينفذ شراؤه عليه إذا كان من أهل أن ينفذ شراؤه عليه ، والعبد المأذون من أهل الشراء لنفسه فنفذ شراؤه عليه فكان على المأذون أن ينفذ ثمنه من مال نفسه دون مال مولاه ، ومع هذا لو نفذ من مال المولى ليس للمولى أن يتبعه ولكن يتّبع البائع ويأخذه منه لأنّه أخذ ماله بغير حقّ وإن استهلك مال المولى لايستوجب عليه ديناً.

قال أبو حنيفة وأبويوسف ومحمّد رحمهم الله : ليس للعبد المأذون أن يكاتب عبده سواء كان عليه دين أو لم يكن ، لأنّ الكتابة لم تدخل تحت الإذن ، لأنّ الداخل تحت الإذن إنّما هو التجارة والكتابة ليست بتجارة ، لأنّ الكتابة أقوى من الإذن لأنّ الكتابة توجب حرية اليد للحال وحرية الرقبة في المآل ، والشيء لا يتضمّن ما هو أعلى منه.

(٣٥٧) وليس للمأذون أن يعتق عبداً من كسبه على مال ، لأنّ العتق على مال فوق الكتابة.

[كفالة العبد المأذون]

(٣٥٨) وليس للمأذون أن يكفل بكفالة بنفس أو مال سواء كان عليه دين أو لم يكن ، لأنّ الكفالة ليست بتجارة وليست من صنع التجّار.

(٣٥٩) فإن أذن له المولى بالكفالة وكفل عن المولى أو عن أجنبي بمال صحّت الكفالة محجوراً كان أو تاجراً إذا لم يكن عليه دين ، وإن كان تاجراً وعليه دين لا يلزمه شيء من دين الكفالة قبل العتق ، لأنّ إذن المولى للعبد بالكفالة لا يصحّ في حقّ غرماء العبد ، لأنّه يريد شغل العبد بدينه بعد ما كان مشغولاً بدين غرمائه ، وإن أدّى العبد دين المولى بعد العتق وقد كان كفل بإذنه لا يرجع بذلك على المولى عند علمائنا رحمهم الله خلافاً لزفر ، لأنّ الكفالة حال وقوعها انعقدت غير موجبة للرجوع على المولى فلا تصير موجبة في الآخرة ، وكذا لو كفل المولى عن عبده جازت الكفالة فإذا أدّى بعد العتق لا يرجع على العبد لما ذكرنا أنّ الكفالة حال وقوعها انعقدت غير موجبة للرجوع.

(٣٦٠) قال: وإذا كفل العبد عن السيد بمال عنه بأمره وقد كفل بذلك المال سيّده عن رجل آخر بأمره فأدّى عنه العبد ثمّ أراد العبد أن يرجع على المكفول عنه لا يكون للعبد أن يرجع ، لأنّ العبد لم يكفل عن المكفول عنه فلا يكون له الرجوع عليه ولكنّ المولى يرجع ، لأنّ أداء العبد بأمره كأدائه بنفسه.

(٣٦١) عبد كفل بإذن المولى ولا دين عليه ، فإنّه يؤخذ به ويباع رقبته بدين الكفالة إلاّ أن يقضيه المولى كما لو أذن له في التجارة فلحقه دين بسبب

التجارة ، قال: وإن كان عليه دين يحيط برقبته يباع في الدين الذي عليه ويصرف كلّه إلى غرماء العبد ، فإن فضل شيء من ثمنه كان لصاحب الكفالة، لأنّ الإذن بالكفالة في حقّ الفاضل عن دين الغرماء صحيح فيصرف الفاضل إلى المكفول له ، وإن كفل العبد بنفس رجل بإذن سيده ولم يكن عليه دين فهو جائز وإن أعتقه سيده جاز ولا يضمن للمكفول له لأنه لم يتلف عليه حقّ البيع ، لأنّ الكفالة متى كانت بالنفس لا يثبت للمكفول له حقّ البيع وإنما يثبت حقه قبل العبد في التسليم المكفول به وإنما يتأدى بمنافع العبد ، ومنافع العبد تتأكّد بالإعتاق ، ولو أعتق العبد القنّ وعليه دين بسبب التجارة أو الكفالة بإذنه فإنّه يضمن قيمته لأنّه متى كان العبد قناً كان لهم حقّ البيع بدينه، وبالإعتاق يزول حقّ البيع بالدين فيصير ضامناً.

(٣٦٢) وإذا ضمن المولى بإعتاق القنّ ذكر أنّه يضمن الأقل من قيمته ومن الدين ، لأنّه حقّ الغريم في الأقل من قيمته ومن الدين فإذا كان لا يسلم له عند البيع إلاّ الأقل من الدين ومن القيمة لم يضمن المولى بالإعتاق إلاّ قدرحقه ، ثمّ الغريم بالخيار إن شاء اتبع العبد بذلك وإن شاء اتبع السيد ، لأنّ له اتباع العبد بالدين قبل العتق فبعد العتق أولى ، وله اتباع السيّد أيضاً لأنّ المولى بالإعتاق صار ضامناً بالأقل من قيمته ومن الدين فكان له أن يتبع أيّهما شاء ، فإن اتبع السيّد يتبعه بأقلّ من قيمته ومن الدين أمر بالدين بالغاً ما بلغ ، فمن مشائخنا من قال: بأنّه يتّبع العبد بأقلّ من قيمته ومن الدين ومنهم من قال: يتبعه بجميع الدين بالغاً ما بلغ وهو الأصحّ.

[إقرار المولى على عبده بالدين]

(٣٦٣) ولو أقرّ المولى على عبده بالدين وصدقه العبد في ذلك فإن اتبع العبد وأخذ منه الدين كان للعبد أن يرجع بذلك على المكفول عنه إذا كفل عنه بأمره ، لأنّ الكفالة متى وقعت بأمر المكفول عنه وأدّى الكفيل ما كفل به من ماله كان له الرجوع بذلك على المكفول عنه ، وإن اتبع السّيد إن كان المكفول عنه بعد ما كفل العبد عنه طلب من السّيد أن يجيز كفالته فأجاز بعد طلبه الإجازة من السّيد كان له أن يرجع بما أدّى السيد على المكفول عنه ، وإن أجاز من غير طلب المكفول عنه لا يكون له الرجوع بما أدّى السّيد على المكفول عنه ، لأنّ إجازة المولى كفالة عبده بمنزلة الكفالة من السّيد عن المكفول عنه ، لأنّ كفالة العبد قبل الإجازة كانت ثابتة في حقّ العبد ، وبعد الإجازة تثبت في حقّ المولى فيصير المولى كفيلاً عنه بالإجازة فتعتبر الإجازة والإذن من المولى ابتداء كفالة منه ، ولو أنشأ المولى كفالة عنه وأدّى إن كان بأمر المكفول عنه وطلبه كان له الرّجوع وإن كان بغير أمره وطلبه لا يكون له الرجوع فكذا هذا. قال: وإذا كفل العبد وهو صغير بغير إذن سيده بمال أو نفس ثم عتق لم يلحقه من ذلك شيء ، لأن الصبي الحر لو كفل بكفالة ثم بلغ لم يلزمه من ذلك شيء لفساد عبارته فالعبد الصغير أولى أن لا يلزمه.

[لزوم الكفالة في الرق والعتق]

(٣٦٤) وإن كفل بإذن سيّده فهو جائز عليه في الرق وبعد العتق ، وكان بمنزلة ما لو أذن له في التجارة فاستدان فإنه يلزمه ذلك فكذلك بعد العتق يتّبع به ، لأنّ هذا دين لحقه بإذن المولى فيتّبع به بعد العتق قياساً على

دين التجارة ، وإن لزمه في حالة الصغر ، و لم يذكر محمّد رحمه الله[1] في الكتاب أنّ المكفول له يتبعه بجميع الدين أم بأقل من قيمته ومن الدين ، ومن مشائخنا من قال: إنّه يتبعه بجميع الدين بالغاً ما بلغ ، ومنهم من قال يتبعه بأقلّ من قيمته ومن الدين.

[إذن المولى الصغير للعبد بالكفالة]

(٣٦٥) قال: وإن كان مولى العبد صغيراً فكفل بإذنه لم تجز الكفالة ، لأنّ الصبي لا يملك الكفالة بنفسه فلا يملك الإذن ، فإن أدرك الصبي فأجازها لم يجز لما ذكرنا أن العقد إنّما يقف على إجازة ماله مجيز حال وقوعه ، أمّا ما لا مجيز له لا يقف على الإجازة .

[إحاطة الدين بقيمة العبد المأذون]

(٣٦٦) قال: وإذا كان على العبد دين يحيط بقيمته فأمره المولى بأن يكفل بنفس واحد أو بمال فإن ذلك لا يجوز ، لأنّ الإذن بالكفالة من المولى تصرف في رقبته وكسبه ، وإنّه ممنوع من التّصرف في رقبته وكسبه متى كان عليه دين ، فإن أدّى دينه لزمته الكفالة ، لأنّ المانع من نفاذ الإذن دين الغريم فإذا سقط الدين إمّا بالأداء أو بالإبراء نفذ الإذن كما لو باعه أو رهنه وعليه دين فإذا أدّى الدين أو أبرأه الغرماء صحّ البيع والرهن.

١- انظر: المبسوط ١٤/٢٠ ، نصّه: أنه لو كفل بعد ما عتق وهو صبي لم يلزمه بذلك شيء فكذلك قبله وإن كان كفل بإذن سيّده فهو جائز عليه في الرق وبعد العتق لما بينا أن إذن السيد في الكفالة بمنزلة إقراره عليه بالدين وذلك صحيح عليه في الرق وبعد العتق فكذلك هذا ، وهذا لأنّ للمولى قولاً ملزماً على عبده.

قال: وإذا كان العبد تاجراً قيمته ألفا درهم وعليه دين ألف درهم فكفل بألفي درهم بإذن سيّده ثمّ استدان العبد بعد ذلك ألفي درهم ثمّ باعه القاضي في الدين بألف درهم فإنّه يقسم بينه وبين غرمائه الأولين والآخرين يضرب الأولون والآخرون بجميع حقّهم في ثمنه والمكفول له يضرب في ثمنه بقدر ألف درهم.

[أثر دين التجارة على دين الكفالة]

(٣٦٧) والأصل في جنس هذه المسائل أن دين التجارة على العبد لا يمنع دين التجارة ، ودين التجارة يمنع دين الكفالة لأنّ العبد بعد لحوق دين التجارة لا يصير محجوراً عن التجارة ، وإذا لم يصر محجوراً ساوى الدين الثاني الدين الأول فكان كالحرّ ، يلحقه الدين بعد لحوق الدين ، ودين التجارة إذا كان مستغرقاً يمنع دين الكفالة ، لأنّ الكفالة إنّما يلزم بإذن المولى والمولى يصير محجوراً عن الإذن في الكفالة بعد ما لحقه دين التجارة ، وإذا كان دين التجارة على العبد لايمنع دين التجارة إن كان مستغرقاً فيمنع دين الكفالة فدين الأول وهو ألف درهم لحقه بسبب التجارة فلمّا كفل بعد ذلك بألفي درهم بإذن المولى صحّت الكفالة بقدر ألف درهم بقيت ألف درهم لأنّ نصفه مشغول بدين التجارة ونصفه فارغ ، ولو كان الكلّ مشغولاً لايصحّ إذن المولى في شيء منه ، ولو كان فارغاً صحّت في الكل ، فإذا كان نصفه فارغاً ونصفه مشغولاً كان لكلّ نصف حكم نفسه فصحّ الإذن بقدر ما كان فارغاً من الدين وهو ألف درهم ، فلما استدان العبد ألفي درهم بعد ذلك لزمه للأول على العبد ألف درهم بسبب التجارة وللمكفول له ألف درهم بسبب الكفالة

وللغريم الثاني ألفا درهم بسبب التجارة بعد الكفالة فإذا بيع العبد بألف درهم ضرب كل واحد منهم في الألف بقدر حقّه ويقسم الألف بينهم أرباعاً نصفه لصاحب الألفين والنصف الآخر بين الغريم الأول والمكفول به نصفان لكلّ واحد منهما مئتان وخمسون.

(٣٦٨) قال: وإذا أمر السّيد عبده بأن يكفل بثلاثة آلاف درهم فكفل بها ثمّ استدان ثلاثة آلاف درهم ثمّ باعه القاضي بألفي درهم فإنّه يضرب فيها أصحاب الكفالة بثلاثة آلاف ، وأصحاب الديون بثلاثة آلاف، لأنّ المولى لمّا أذن له بأن يكفل بثلاثة آلاف صحّ الإذن بالكفالة، لأنّها كانت فارغة عن الدين فلزمه دين الكفالة فلمّا استدان بعد ذلك لزمه لما ذكرنا أنّ دين الكفالة لا يمنع دين التجارة وإذالحقه الدينان جميعاً يضرب كلّ واحد منهم بجميع حقّه بالثمن فيقسم الثمن بينهم نصفان ، هذا إذا كفل بثلاثة آلاف درهم جملة لأنّه متى كفل بثلاثة آلاف درهم جملة فالكلّ صار ديناً ، وهي فارغة وقت الوجوب فصحّ الكلّ ، أمّا إذا وقعت متفرقة فالألف الأولى تصحّ والألف الثانية والثالثة لا تصحّ ، إذا كانت قيمته ألف درهم ، لأنّ الكفالة بالألف الثانية والثالثة صادفتها وهي مشغولة فإذا كفل العبد بإذن مولاه بألف درهم فهو جائز إذالم يكن عليه دين فإن كفل بإذن مولاه بألف أخرى لم تجز الكفالة الثانية ، لأنّ الكفالة الثانية صادفتها وهي مشغولة ، فإن زادت قيمته حتّى بلغت ألفي درهم ثمّ كفل بألف أخرى بإذن مولاه فهو جائز لأنّ الكفالة بالألف الثالثة صادفت العبد بقدر ألف درهم من قيمته فارغ عن الدين فصحت الكفالة ، فإن باعه القاضي بألفي درهم فإنّها تقسم بين المكفول له

الأول والآخر نصفان ولا شيء للمكفول له الأوسط ، لأنّه حين كفل للأوسط كان جميع العبد مشغولاً بدين الأول فلم تصحّ الكفالة ، وكذا لو باعه القاضي بألف وخمسمائة لأنّه لم يفرغ من ثمن العبد شيء فإن باعه بألفين وخمسمائة استوفى الأول ألف درهم والآخر ألف درهم ، وكانت الخمسمائة الفضل للأوسط ، لأنّ الكفالة الثانية وقعت على الفارغ من ثمن العبد يوم القسمة ، والفارغ من ثمن العبد يوم القسمة خمسمائة فيكون للمكفول له الأوسط ، وكذا لو باعه القاضي بثلاثة آلاف درهم استوفى الأول ألف درهم والآخر ألف درهم والألف الثّالثة تكون للمكفول له الأوسط.

[كفالة المكاتب]

(٣٦٩) أمّا كفالة المكاتب قال: وإذا كفل المكاتب بنفس رجل أو بمال عليه لا يجوز عندنا ، وقال ابن أبي ليلى رحمه الله[١]: يجوز ، والخلاف في العبد المأذون والمكاتب سواء، وقد ذكرنا هذه المسألة ، قال: وإذا أذن مولاه لم تجز كفالته ، لأنّ المولى لا يملك التبرّع بكسب المكاتب وإن رضي المكاتب بذلك، فكذلك لا يملك الإذن بالكفالة وإن رضي المكاتب بخلاف العبد إذا كفل بإذن مولاه حيث يجوز إذا لم يكن عليه دين ، لأنّه يملك التبرّع برقبته وكسبه فيملك الإذن بالكفالة إذا لم يكن عليه دين.

١- انظر: الهندية ٥/٧١ ، فتح القدير ٧/٢٢٠ ، الهندية ٣/٢٨٤ نصّه: ولا تجوز كفالة المكاتب عن الأجنبي سواء أذن له المولى أو لم يأذن ، وفي البزازية : "لا تصحّ كفالة المكاتب كما لا يصحّ تبرّعه" البزازية على هامش ١٣/٦.

(٣٧٠) قال: ولو كان على المكاتب مال لرجل فكفل عن الطالب بما عليه لغريم الطالب بأمره كان ذلك جائزاً ، لأنّ هذه ليست بكفالة لأنّ الكفالة أن يلتزم الكفيل بالكفالة ما لم يكن واجباً عليه قبل الكفالة ، وههنا التزم ما كان واجباً عليه ، لأنّه التزم بالكفالة أداء ما عليه من الدين بأمر الطالب بالدفع إليه وهذا كان واجباً عليه من غير كفالة.

(٣٧١) قال: لو أمر الطالب بأن يدفع ما عليه إلى وكيله لزمه الدفع إليه، وإذا لم يكن في هذه الكفالة إلاّ التزام ما كان واجباً عليه قبل الكفالة لم يكن هذا تبرعاً منه ، والاستصناع معروف فجازت.

(٣٧٢) قال: ولو كفل المكاتب بنفس أو مال ثمّ أدّى بدل الكتابة وعتق فإنّه يؤخذ بذلك بالمال والنفس جميعاً ، لأنّ العبد لو كفل، وهو بالغ فعتق فإنّه يؤخذ بكفالته وكذا المكاتب ، ولو كفل المكاتب وهو صغير بنفس أو بمال ثمّ أدّى فعتق لم يجز لما ذكرنا أنّ الصبي الحرّ مسلوب العبارة في التصرّفات الدائرة بين النفع والضرر فكذا المكاتب الصغير.

(٣٧٣) وأمّا معتق البعض لا يجوز كفالته عند أبي حنيفة رحمه الله لأنّ معتق البعض عنده بمنزلة المكاتب وعندهما يجوز لأنّه بمنزلة حرّ مديون.

[كفالة ابن المكاتب]

(٣٧٤) قال: وإذا كفل ابن المكاتب ، وقد ولد في مكاتبته من أمة له اشتراها أو اشترى أباه لكفل أحد من هؤلاء فهو باطل ، لأنّ هؤلاء إنّما يكاتبون على المكاتب تبعاً له فيكون حالهم دون حال الأصل ، فإذا عتقوا جاز إن كان الابن كبيراً كما لو كفل المكاتب الأصلي وهو كبير ثمّ عتق جازت

كفالته وكذا ابنه ، وأمّا كفالة أخيه وأخته وذي رحم محرم منه سوى الوالدين والمولودين فإنّه لا يجوز عندهم جميعاً ، أمّا عند أبي حنيفة رحمه الله فلأن أخاه وأخته لم يكاتب عليه وكان عبداً له ، وعندهما إن صار الأخ مكاتباً تبعاً لكتابة الأصل وكفالة الأصل باطلة فكفالة التبع أولى ، وإن عتق المكاتب عتقوا جميعاً ، أمّا عند أبي يوسف ومحمّد رحمهما الله لأنّ الكلّ يكاتبون عليه تبعاً لكتابته فيعتقون بعتقه ، وعند أبي حنيفة رحمه الله إن لم يكاتب عليه إلاّ أنّه إذا عتق وهما في ملكه ، ومن ملك أخاه أو أخته عتق عليه فيعتقون عندهم جميعاً من هذا الوجه ، وإذا عتقوا جازت كفالتهم إذا كانوا بالغين وقت الكفالة ، كما يجوز كفالة المكاتب الأصيل متى عتق إذا كان بالغاً وقت الكفالة.

[الكفالة بما على المكاتب]

(٣٧٥) قال: وإذا كفل رجل بما على المكاتب من بدل الكتابة لمولاه أو بما عليه من دين آخر سوى بدل الكتابة بأن وجب عليه دين باستهلاك مال أو بالمداينة فإنّ الكفالة باطلة ، لأنّ الكفيل يصير كفيلاً بدين غير واجب على الأصيل فيكون باطلاً ، ولأنها لا تفيد فائدتها، لأنّ فائدة الكفالة أن يصل الطالب إلى ما كفل به من جهته إن تعذّر عليه الوصول من جهة المطلوب ، فالكفالة بما على المكاتب من الدين لا تفيد هذه الثمرة ، لأنّ الكفيل متحمّل عن الأصيل ملتزم قدر ما يلتزمه الأصيل ، والأصيل وهو المكاتب فيما وجب عليه من بدل الكتابة ودين آخر للمولى كان مخيراً بين أن يؤدّي ما وجب عليه للمولى وبين أن يعجز نفسه فلا يؤدي ومتى عجّز نفسه ليس للمولى أن يضيّق عليه بالحبس والملازمة ، إنّما له فسخ الكتابة ومتى ثبت له هذا الخيار لا تفيد

الكفالة فائدها ، وإلى هذا أشار محمّد رحمه الله[1] فإنّه قال عقيب قولـــــه: إنّ الكفالة ببدل الكتابة لا يجوز لأنّه عبده وماله ، يريد به أنّه متى عجـــز نفســـه وفسخت الكتابة فكان عبداً له.

(٣٧٦) قال: ولو أنّ المكاتب كفل للمولى بمال عن مكاتب آخر أو كانا مكاتبين كوتب كلّ واحد منهما كتابة على حدة ، ثمّ كفل كلّ واحد منهما بما على صاحبه لمولاه فإن ذلك لا يجوز ، ولو كاتبهما مكاتبة واحدة وجعـــل نجومهما واحدة إن أدّيا عتقا وإن عجزا ردّا في الرق كان ذلك جائزاً.

[كفالة دين المكاتب على مولاه]

(٣٧٧) قال: ولو أنّ للمكاتب على مولاه ديناً فأخذ من المولى بذلـــك الدين كفيلاً جاز ، لأنّ الكفالة من الكلّ لا تثبت ديناً واجباً يجبره الأصيـــل على إيفائه بخلاف ما لو كفل رجل للمولى بدين له على المكاتب ، لما ذكرنـــا أنّ المكاتب غير مجبر على إيفائه بل هو مخيّر بين أن يؤدّى وبين أن لا يؤدّى.

(٣٧٨) قال: وإذا كان للمولى مكاتباً وللمكاتب عليه دين و لم يحل عليه نجم فكفل رجل له فهو جائز وإذا حلّ نجم على المكاتب ومكاتبته دراهـــم ، والدين له على مولاه دراهم ، وقد كفل بها رجل برئ الكفيل منها ، لأنّه لمـــا حلّ نجم منها صار ما على المولى قصاصاً بما له على المكـــاتب ، لأنّ مكاتبـــة المكاتب من جنس مال المكاتب عليه وإذا كان كذلك يقع المقاصّة بينـــهما – وإذا وقعت المقاصّة بينهما برئ المولى عن الدين ، وبراءة الأصيل توجب بـــراءة

---

١ – انظر: هداية مع الفتح ٧/٢٢٠.

الكفيل - فإن كان الدين على المولى دنانير أو شيئاً مما يكال أو يوزن فهو لازم للكفيل ، لأنّ الدينين لو كانا من جنسين مختلفين لا يصحّ المقاصّة بينهما ،وإذا لم يقع المقاصّة لم يبرأ المولى عن دين العبد فلا يبرأ الكفيل.

[كفالة الكفار]

(٣٧٩) وأمّا كفالة أهل الذمّة والردة وأهل الحرب قال: وإذا كفل رجل من أهل الذمّة بنفس رجل منهم أو بمال عليه من ذهب أو فضّة أو غير ذلك مما يكال أو يوزن وجب بسبب البيع أو القرض أو الغصب فهو جائز ، لأنّ الكفالة من المعاملات فيستوي فيه الذمّي والمسلم.

(٣٨٠) قال: وإذا كفل ذمّي عن ذمّي بخمر وجب عليه ديناً بقرض أو غصب فالكفالة جائزة ، لأنّه كفل بمضمون على الأصيل يجبر الأصيل على إيفائه وليس بالأصيل ما ينافي وجوب الدين لصاحبه وهو مقدور التسليم للكفيل فتصحّ الكفالة ، وإذا صحّت الكفالة فبعد هذا إذا أسلم أحد هؤلاء الثلاثة إمّا أن يسلم الطالب أو المطلوب أو الكفيل فإن أسلم الطالب برئ الكفيل عن الخمر وعن قيمته جميعاً ، لأنّ إسلام الطالب أوجب براءة المطلوب عن الخمر وقيمته متى وجب عليه بسبب القرض أو الغصب عندهم جميعاً ، فإذا برئ المطلوب عن ضمان الخمر بسبب إسلام الطالب لا بعين الخمر ولا بقيمته عندهم جميعاً وكذلك الجواب على قول أبي يوسف رحمه الله[1] وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله فيما إذا أسلم المطلوب ، وإسلام المطلوب

١- انظر: الهندية ٢٨٥/٣.

يوجب براءته عن الخمر وقيمته متى وجب عليه بسبب القرض أو الغصب ، وإذا برئ المطلوب عن الخمر وقيمته برئ الكفيل أيضاً. وأمّا على قول محمّد وزفر وعافية القاضي[1] وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لا يبرأ الكفيل ، وروى الحسن بن أبي مالك[2] أنّ أبا حنيفة رحمه الله كان يقول أولاً كما قال محمّد رحمه الله إلاّ أنّه رجع إلى قول أبي يوسف ، لأنّ على قول محمّد رحمه الله متى أسلم المطلوب وقد وجب عليه الخمر بسبب القرض أو الغصب فإنّه يبرأ عن الخمر وتلزمه القيمة على مذهبه ، وقيمة الشيء تحكى عنه وإذا بقي المطلوب ضامناً عند محمّد رحمه الله لم يبرأ الكفيل على مذهبه وكان للطالب الخيار إن شاء اتبع المطلوب بقيمة الخمر وإن شاء اتبع الكفيل بعين الخمر ، لأنّه لم يحدث بإسلام المطلوب بين الكفيل والطالب ما يوجب سقوط الخمر فإنّهما ذمّيان ، وكان له قبل الكفيل عين الخمر ، وقبل المطلوب قيمة الخمر

١- هو عافية بن يزيد الأودي ، نسبة إلى أود بن صعب بن سعد العشيرة ، قال إسحاق بن إبراهيم: كان أصحاب أبي حنيفة يخوضون معه في المسألة فإذا لم يحضر عافية ، قال أبو حنيفة: ترفع المسألة حتّى يحضر عافية ، فإذا حضر عافية ووافقهم ، قال: أثبتوها، ذكره النسائي في "الثقات" من أصحاب أبي حنيفة (الجواهر المضيئة ٢/٢٤٨).

٢- تفقّه على أبي يوسف وتفقّه عليه محمّد بن شجاع ، قال الطحاوي: سمعت ابن أبي عمران يحدث عن ابن الثلجي قال: كانوا إذا قرأوا على الحسن بن أبي مالك مسائل محمّد بن الحسن قال: لم يكن أبو يوسف يدقّق هذا التدقيق الشديد ، قال الصميري: ثقة في روايته ، غزير العلم ، واسع الرواية ، توفي سنة ٢٠٤ ، انظر : الجواهر المضيئة ٢/٩٠-٩١ ، الفوائد البهية /٦٠.

فإن أخذ القيمة من المطلوب برئ الكفيل وإن أخذ الخمر من الكفيل فالكفيل يرجع على المطلوب بقيمة الخمر ، لأنّ الكفيل في حقّ المطلوب مقرض والمطلوب مستقرض وقد أسلم المستقرض لا المقرض ، وإسلام المستقرض عند محمّد رحمه الله[1] يفيد البراءة عن الخمر ولا يفيد البراءة عن قيمته فيرجع الكفيل على المطلوب بقيمة الخمر - وإنّما جعلنا الكفيل في حقّ المطلوب مقرضاً ومستقرضاً ، لأنّ الكفالة إقراض الذمّة لالتزام المطالبة لما على الأصيل- وإذا كانت الكفالة إقراضاً كان الكفيل مقرضاً في حقّ المطلوب ، لأنّه ثبت له بسبب هذا الإقراض مطالبة على المطلوب فكان الكفيل مقرضاً في حقّ المطلوب وصار مستقرضاً في حقّ الطالب لأنّه بسبب هذا الإقراض يوجب للطالب عليه مطالبة والمطلوب في باب القرض يكون مستقرضاً والطالب يكون مقرضاً ، وبالكفالة التي هي إقراض ثبت للطالب قبل الكفيل مطالبة ، فكان الطالب كالمقرض في حقّ الكفيل ، والكفيل كالمستقرض منه ، والكفيل في حقّ المطلوب مقرض ، لأنّه ثبت له بسبب الكفالة التي هي إقراض مطالبة على المطلوب فصار الكفيل مقرضاً للمطلوب والمطلوب مستقرضاً منه ، فهذا معنى قولنا: إنّ الكفيل في حقّ المطلوب مقرض وفي حقّ الطالب مستقرض.

(٣٨١) وإن أسلم الكفيل فعلى قول أبي يوسف رحمه الله[2] وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله يبرأ لأنّ الكفيل مستقرض في حقّ الطالب وإسلام

١- انظر: الهندية ٢٨٥/٣.

٢- انظر الهندية: ٢٨٥/٣.

انظر: المبسوط: ٢٤/٢٠-٢٥.

المستقرض يوجب براءته عن الخمر ، وعلى قول محمّد رحمه الله لا يبرأ ، لأنّه مستقرض في حقّ الطالب والمستقرض بالإسلام لا يبرأ عن قيمة الخمر إن برئ عن الخمر وإذا بقي الكفيل ضامناً قيمة الخمر كان الطالب بالخيار عند محمّد رحمه الله إن شاء طالب الكفيل بقمية الخمر، وإن شاء طالب الأصيل ، فإن اختار تضمين الكفيل وأخذ منه قيمة الخمر فالكفيل لا يرجع على المطلوب عندهم جميعاً لما ذكرنا أنّ الكفيل مقرض في حقّ المطلوب ، وإسلام المقرض يوجب براءة المستقرض عن الخمر وقيمته عندهم جميعاً.

(٣٨٢) قال: ولو أنّ مسلماً كفل لذمّي عن ذمّي بخمر عليه لم تجز الكفالة عندهم جميعاً ، وكذلك لو كان الكفيل ذمّياً والمكفول عنه مسلماً ، وإن كان الكفيل ذمّياً والمكفول عنه ذمّي والطالب مسلم فالكفالة باطلة أيضاً.

(٣٨٣) قال: ولو أنّ مكاتباً نصرانياً ومولاه مسلم وكان خمر على نصراني وكفل له به ذمّي كان جائزاً ، وكذا إذا كفل العبد المأذون وكان مولاه مسلماً ، لأنّ الكفالة بالخمر وقعت للمكاتب والعبد ، والمعتبر في تصرّفات المكاتب والعبد المأذون حال المكاتب والعبد لا حال المولى كما في البيع والشراء.

(٣٨٤) قال: وإذا كفل المرتدّ لرجل بمال أو بنفس فإنّ الكفالة تكون موقوفة على قول أبي حنيفة رحمه الله[1] إن مات على الردّة أو قتل بطلت الكفالة ، وإذا أسلم صحّت الكفالة ، وكذا إذا لحق بدار الحرب حتّى إذا عاد مسلماً أخذ بذلك قضى القاضي بلحاقه أو لم يقض ، وإن مات

١- انظر: الهندية ٢٨٦/٣ ، نصّه: وكفالة المرتد كسائر تصرفاته موثوقة.

بطل ، أمّا قبل قضاء القاضي باللحوق لأنّ اللحاق بدار الحرب قبل قضاء القاضي كالغيبة حتّى لا يعتق مدبّروه وأمّهات أولاده ولا يحلّ ما عليه من الدين المؤجّل ، ولو غاب و لم يلحق بدار الحرب تقع موقوفة عند أبي حنيفة رحمه الله ، فكذا إذا لحق و لم يقض القاضي بلحاقه ، وأمّا على قول أبي يوسف ومحمّد رحمهما الله الكفالة من المرتد بالنفس والمال جائزة كغيرها من التصرّفات ، إلاّ أنّه إن قتل أو مات على الردّة فإن كان كفالته بالمال فإنه يستوفى من تركته لأنه دين وجب عليه في حالة الردة فيستوفى من تركته بعد موته كسائر الديون ، إلا أن على قول محمّد رحمه الله يعتبر من الثلث وعند أبي يوسف رحمه الله بمنزلة الصّحيح ، وإن كان كفالة بالنفس فإنّه يبطل ، لأنّ موت الكفيل ممّا يبطل الكفالة بالنفس ألا ترى أنّ المسلم إذا كفل بالنفس ثمّ مات أو قتل بطلت الكفالة بالنفس فكذا هذا.

(٣٨٥) وأما المرتدّة[١] فإنّ كفالتها بالمال والنفس جائزة عندهم جميعاً ، فإن ماتت على الردّة وكانت كفلت بالمال فالطالب بالخيار إن شاء أخذ من تركتها وإن شاء أخذ من الأصيل.

كما لو كفلت قبل الردّة بمال وقد ماتت ، والكفالة بالنفس تبطل كما لو كفل رجل بنفسها قبل الردة فماتت وإذا لحقت بدار الحرب وسبيت وكانت كفلت بالنفس فإنّ الكفالة بالنفس تبطل ، لأنّه لايمكن إبقاؤها ما كفلت به ممّا خلّفت من المال في دار الإسلام ، لأنّها كفلت بتسليم النفس ، ولا يمكن

١- انظر: الهندية ٢٨٦/٣ ، ١٦٣-١٦٤.

إبقاؤها في ذمّتها حتّى تتحوّل إلى ما خلّفت في دار الإسلام بعد السبي ، لأنّه لو بقي إمّا أن يبقى متعلّقاً بمنافعها التي صارت مملوكة للسابي أولا يتعلّق بمنافعها ، لا جائز أن يبقى في ذمّتها غير متعلّق بمنافعها ولا أن يبقى متعلّقاً بمنافعها على ما عرف في الأصل ، وإذا تعذّر القول ببقائه في ذمّتها بعد السبي وتعذّر الإيفاء ممّا خلّفت في دار الإسلام سقط ضرورة ، وكان بمنزلة ما لو كان عليها ديون حين سبيت.

(٣٨٦) قال: ولو أنّ مسلماً كفل بنفس مرتد في دين عليه فلحق بدار الحرب على ردّته فالكفيل على كفالته ، هذا إذا كان الكفيل قادراً على إحضاره ، أمّا إذا لم يقدر على إحضاره بأن لم يعرف مكانه ، أو عرف ولكن كان بحال لا يقدر على إحضاره لم يطالب الكفيل ، وكان بمنزلة رجل عليه مال لرجل فأعسر وظهر إعساره للحاكم.

(٣٨٧) قال: ولو استهلك خمراً كان عليه قيمتها ، ولا يكون عليه خمر مثلها ، لأنّ المرتد عاجز عن تمليك الخمر وتملكها كالمسلم وكان عليه قيمتها ، ولو كفل عنه مسلم لزمه قيمتها ، لأنّ الواجب على المرتد قيمة الخمر والخنزير وهي الدراهم أو الدنانير وكفالة المسلم عن المرتد بالدراهم أو الدنانير جائزة.

(٣٨٨) قال: ولو أنّ مسلما كفل لمرتد بنفسه ثمّ لحق المرتدّ بدار الحرب كان ورثته على حقّه من المطالبة ، لأنّ الكفالة حقّ المرتد وسائر حقوق المرتد بعد لحوقه بدار الحرب يصير للورثة فكذا الكفالة.

(٣٨٩) قال: وإن رجع المرتد من دار الحرب إلى دار الإسلام كان لـــه أخذ الكفيل ، لأنّ هذا حقّ وجب قبل الكفيل فيعتبر بسائر الحقوق التي تركها على الناس إذا عاد و لم يستوفه الورثة كان له أخذه فكأنه لم يزل كان مسلماً، وإن استوفاه الورثة لم يكن له على الذي عليه الحـــقّ سـبيل ، لأن ورثتـه كالوكلاء عنه ، واستيفاء ورثته بمترلة استيفائه.

(٣٩٠) قال: وإذا دخل حربي بأمان إلى دار الإسلام وكفل عنه كفيل بمال أو نفس فهو جائز لأنّ الكفالة من حقوق الناس وما كان من حقـــوق النـاس فالحربي المستأمن والذمي في ذلك سواء ، فإنّ لحق بدار الحرب ثمّ خرج مسـتأمناً فهو على كفالته فيما له وفيما عليه، أمّا فيما له لأنّ هذا حق تركه في دار الإسلام فيكون له متى عاد كسائر حقوقه ، وأما فيما عليه فإنه حق وجب عليـــه في دار الإسلام وما لزمه من الحقوق في دار الإسلام فإنّه لا يسقط بدخوله دار الحـــرب كما في غيرها من الحقوق فإن سبي وأسر بطلت الكفالة فيما له وفيما عليه ، أمّـا فيما له فلأنه يزول عنه سائر حقوقه فكذا الكفالة ، وأمّا فيما عليه فلأن مـــا عليه من الحقوق المالية تبطل بالسبي فكذا الكفالة ، والله اعلم.

النوع الرابع

في بيان صحّة التسليم في الكفالة وبيان الكفالة المعلّقة بالشرط والكفالة المؤجّلة إلى أجل ، وكفالة المفاوض والمضارب وشريك العنان وصلح الكفيل

[التسليم في الكفالة]

(**٣٩١**) قال أبو حنيفة رحمه الله: إذا كفل الرجل بنفس الرجل على أن يسلّمه في المسجد الأعظم فدفعه إليه بالكناسة أو بالسوق فإنّه يبرأ الكفيل ، وإنّما قال: في المسجد الأعظم لأنّ القاضي بالكوفة كان يجلس في المسجد الأعظم وكأنه شرط على الكفيل أن يسلّم المكفول به في مجلس الحكم ، ثمّ إذا سلّمه في غير مجلس الحكم في ذلك المصر يبرأ الكفيل ، قالوا: إنّما يبرأ إذا سلم في مكان لايمكن للمطلوب الامتناع من الطالب ، والتأتّي للحضور في مجلس الحكم ، أمّا إذا كان التسليم في مكان من ذلك المصر يمكن للمطلوب الامتناع من الطالب والتأتّي للحضور في مجلس الحكم فإنّه لا يبرأ ، وقد أشار محمّد رحمه الله إلى هذا التفصيل في المبسوط[1] حيث قال: لأنّ المكفول به لا

١- انظر: المبسوط ٢٠/١٦٥-١٦٧.

قال الإمام السرخسي : كان هذا في ذلك الزمان ، أمّا في زماننا لو شرط المجلس وسلّم في السوق لا يبرأ لغلبة الفساد ، إذ لايعان على الإحضار إلى باب الحاكم وإليه ذهب الإمام زفر رحمه الله ، وعليه الفتوى.

انظر: لسان الحكّام /٢٥٩ ، خلاصة الفتاوى ٤/١٦٨.

وفي الهندية : قال الإمام السرخسي: المتأخّرون من مشائخنا قالوا: هذا بناء على عادقم في ذلك الوقت أمّا في زماننا إذا شرط التسليم في مجلس القاضي لا يبرأ بالتسليم في غير ذلك=

يستطيع أن يمتنع من الطالب فالتسليم في غير مجلس الحكم وفي مجلس الحكم سواء ، لأنّ ما هو المقصود من الشرط يحصل بالتسليم فكان بمنزلة ربّ السلم إذا شرط على المسلم إليه تسليم المسلم فيه في مكان بعينه من المصر ، وليس له حمل ومؤنة ، فسلّم في غير المكان المشروط فإنّه يبرأ ، لأنّ تسليمه في هذا المكان والمكان المشروط سواء ، فكذا هذا ، وحكى عن الفقيه أبي بكر البلخي رحمه الله أنّه كان يقول: إذا كان هذا الشرط في بلدنا ببلخ فإنّه يجب مراعاته ، لأنّ العرف ببلخ أنّ الطالب متى ظفر بالمطلوب وأخذه ليعديه إلى باب القاضي يزاحم الناس عليه ويخلّصونه من يده فلا يتهيّأ له الإعداء إلى مجلس الحكم ، وكذا الجواب في بلدة أخرى يكون عادتهم ذلك ، أمّا إذا كان بلدة لا يفعلون مثل هذا بل يعينونه على الإعداء إلى مجلس الحكم فإنّه يبرأ متى سلم في غير مجلس الحكم من ذلك المصر.

(**٣٩٢**) قال: وإذا كفل بنفسه إنسان والمكفول به في الحبس فسلّمه في الحبس يبرأ ، ولو خلّي عنه ثمّ حبسه ثانياً قبل أن يسلّم المكفول الكفيل ينظر إن كان الحبس الثاني من أمور التجارة له أن يسلم في الحبس وإن كان الحبس الثاني من أمور السلطنة ليس له أن يسلّمه في الحبس ، هكذا ذكره في الأجناس[1].

=الموضع ، كذا في غاية البيان شرح الهداية ، وفي الكبرى : وبه يفتى كذا في التاتارخانية ، الهندية ٢٥٩/٣ ، الخانية على هامش الهندية ٥٧/٣.

١- انظر: خلاصة الفتاوى ١٦٨/٤ ، الخانية على هامش الهندية ٥٧/٣ وفي الهندية: وإن كفل بنفس رجل وهو محبوس ثمّ أطلق ثمّ أعيد إلى الحبس فدفعه إليه قالوا:=

(٣٩٣) وذكر في أول كفالة الكافي[1]: القاضي أو رسوله إذا أخذ كفيلاً من المدّعى عليه بأمر المدّعي أوّلا بأمره فالكفيل إذا سلّم المطلوب إلى القاضي أو رسوله يبرأ ، وإن سلّم إلى المدّعي لا يبرأ ، هذا إذا لم يضف الكفالة إلى المدّعي بأن قال القاضي أو رسوله للمدّعى عليه: أعط كفيلاً بنفسك ولم يقل للطالب ، وإن أضاف إلى المدّعي بأن قال أعط كفيلاً بالنفس للطالب ، إن سلّم إلى المدّعي يبرأ وإن سلّم إلى القاضي أو رسوله لا يبرأ.

(٣٩٤) قال: وإذا وكّل رجلان بأن يأخذ كفيلاً عن رجل فأخذ جاز سواء أضاف إلى نفسه بأن قال: اكفل عن فلان لي أو أضاف إلى الموكّل ، فإن أضاف إلى نفسه أو إلى الموكّل وسلّم الكفيل المكفول عنه إلى المكفول له برئ ، كالوكيل بالبيع إذا باع ودفع المشتري الثمن إلى الموكّل ، وإن سلّمه إلى الوكيل فإن أضاف إلى نفسه برئ ، لأنّ حقوق العقد ترجع إليه ، وإن كان أضاف إلى الموكّل لا يبرأ لأنّه رسوله في باب الكفالة ، وذكر ابن سماعة

=إن كان الحبس الثاني بشيء من التجارة أو غيرها صحّ الدفع وبرئ الكفيل ، وإن كان الحبس الثاني بشيء من أمور السلطان لا يبرأ الكفيل ، كذا في فتاوى قاضي خان ٣/٢٦٠.

١- انظر: خلاصة الفتاوى الفصل الثالث في التسليم ٤/١٦٨ ، نصّه : وفي الفتاوى إذا أخذ كفيلاً من المدّعى عليه بنفسه بأمر الكفيل أولا بأمره فالكفيل إذا سلم إلى القاضي أو إلى رسوله برئ فإن سلّم إلى المدّعي لا يبرأ ، وهذا إذا لم يضف الكفالة إلى المدّعي فإن أضاف بأن قال: أكفل للمدّعي فالجواب على العكس ، أيضاً فتح القدير ٧/١٦٠.

في المنتقى[1] عن محمّد رحمه الله: إذا حبس المكفول بالنفس بدين عليه ثمّ إنّ القاضي أخرجه من السجن بخصومة الطالب فقال الكفيل في الطريق: دفعته إليك وأنا بريءٌ عنه وهو ممتنع منه مع رسول القاضي لم يبرأ بذلك من الكفالة بالنفس ، ولو قال ذلك قدام القاضي: يخاصم المكفول به برئ الكفيل من الكفالة بالنفس.

(٣٩٥) قال: وإذا كان الرجل محبوساً في المصر الذي وقع فيه الكفالة لكن في سجن قاضٍ آخر بأن كان في المصر الذي وقع فيه الكفالة قاضيان ، أو حبس في سجن الوالي فالقياس أن يؤاخذ الكفيل بالتسليم ، وفي الاستحسان لا يؤاخذ به ، ويكون الحكم فيه كالحكم فيما إذا كان محبوساً في سجن هذا القاضي ، لأنّ سجن الوالي وسجن قاضٍ آخر في هذا المصر بمترلة سجنه ، ولهذا قالوا: لوامتلأ أحد السجنين كان لأحد القاضيين أن يذهب بالبعض إلى سجن القاضي الآخر بخلاف سجن القاضي الذي في مصر آخر ، وفي المنتقى إذا كان المكفول بالنفس محبوساً[2] في سجن قاض آخر في هذا المصر فالقاضي

١- انظر: الهندية ٢٦١/٣ ، نصّه: المكفول به محبوس بدين عليه فأخرجه القاضي لخصومة الطالب فقال الكفيل: قد دفعته إليك فإن قال ذلك قدّام القاضي بريءٌ من الكفالة وإن قال في غير مجلس القاضي وهو ممنوع منه مع رسول القاضي لا يبرأ من الكفالة.

٢- انظر: الفتاوى الهندية ٢٦٠/٣ ، نصّه: وفي المنتقى إذاكان المكفول بالنفس محبوساً في سجن قاض آخر في هذا المصر فالقاضي يأمر الطالب أن يذهب إلى القاضي الذي حبسه وتكون خصومته عنده كذا في المحيط.

يأمر الطالب بأن يذهب إلى القاضي الذي حبسه الذي جاء به ويكون خصومته عنده فإن كفل بنفس المحبوس فإن كان في حبس هذا القاضي الذي وقعت الخصومة إليه جازت الكفالة ، وإن كان في حبس قاض آخر أو في حبس أمير أو قاضي بلدة لا تصحّ ، وقال بعضهم: الكفالة صحيحة على كلّ حال.

(٣٩٦) قال: فإن دفع الكفيل المكفول به إلى الطالب في السجن وقد حبسه غيره فإنّه لا يبرأ منه لأنّه لم يأت بالتسليم المستحقّ عليه ، لأنّ التسليم المستحقّ عليه تسليم يتمكّن الطالب بذلك التسليم من إعداء المكفول به إلى باب القاضي والخصومة معه ، ولا يمكنه ذلك متى كان محبوساً بدين غيره ، فكان بمنزلة المنكوحة إذا سلّمت نفسها وهي صائمة صوم فرض أو محرمة أو سلّمت نفسها في السوق ، فإنّه لا يكون تسليماً ، لأنّ التسليم المستحقّ عليها تسليم يتمكّن الزوج من وطئها و لم تأت بذلك كذا هذا ، وكذلك لو دفعه إليه في مفازة أو في مكان ليس فيه قاضٍ ولا سلطان ، لأنّه لم يأت بالتسليم المستحقّ عليه ، وإذا لم يأت بذلك لم يبرأ عمّا كفل به ، وكان بمنزلة من اشترى رمكة في مفازة فسلّمها إلى المشتري وهى مهملة غيرمقيّدة فإنّه لا يصحّ، لأنّه لم يأت بالتسليم المستحقّ عليه ، لأنّ المستحقّ عليه تسليم يتمكّن من قبضه ، ولا يتمكّن من قبضها في المفازة متى كانت مهملة ، أمّا إذا سلّم في مصر آخر غير المصر الذي وقعت فيه الكفالة وفيه قاض وسلطان فهذا على

وجهين ، إمّا إن شرط في الكفالة تسليمه في المصر الذي وقعت فيه الكفالــة أو لم يشترط ، أمّا إن لم يشترط في الكفالة تسليمه في المصر الذي وقعت فيه الكفالـة يبرأ على قول أبي حنيفة رحمه الله وعلى قولهما لا يبرأ [1].

(٣٩٧) أمّا إنّ شرط في الكفالة تسليمه في المصر الذي وقعت فيه الكفالـة ، فسلّم في مصر آخر لا شكّ أن على قولهما لا يبرأ، لأن حالة الإطلاق لا يبرأ فحالـة الشرط أولى ، وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله اختلف المشائخ[2] ، قال بعضــهم يبرأ عنده ولا يكون لهذا الشرط عبرة عنده ، وقال بعضــهم لا يــبرأ وإنّمــا اختلفوا على قول لاختلاف الرواية في باب السلم إذا لم يكن للمسلم فيه حمل ومؤنة ، وشرط التسليم في المصر الذي وقع فيه العقد ، فسلّم في المصر الآخـر ففيه روايتان عن أصحابنا رحمهم الله ، في رواية لا يجوز وهو رواية الطحـاوي رحمه الله عن أصحابنا رحمهم الله ، وإليه أشار في كتاب البيوع ، وعلى روايـة كتاب الإجارة يجوز[3] ، ولا يكون للشرط عبرة، لأنّ الأمصار كلّها في حــقّ ما هو المقصود من تسليم المكفول به على السواء ، أمّا إذا شرط التســليم في

١- انظر: خلاصة الفتاوى ١٦٨/٤ ، لسان الحكّام /٢٦٠.

٢- انظر: الهندية ٢٥٩/٣ ، نصّه: وهذا إذا لم يشترط التسليم في مصر كفل فيه وإن شرط فـلا يبرأ عندهما وعلى قوله اختلف المشائخ فيه كذا في الكفاية.

٣- انظر: الهندية ١٨٠/٣ ، الباب الثامن عشر في الســلم ، نصّــه: وفيمــا لا حمـل لــه ولا مؤنة كالمسك والكافور ولا يشــترط تعيين مكـان الإيفـاء بالإجمـاع وهـل يتعين مكان العقد للإيفاء ، في رواية البيوع والجـامع الصغير يتعيّــن وهــو الأصـحّ وهو قولهما ، كذا في محيط السرخسي والينابيع ، وأيضا في فتح القدير ٨٦/٧.

مكان بعينه من المصر الذي وقعت فيه الكفالة فسلّم في غير ذلك المكان ذكر في المبسوط[1] أنه يجوز ويبرأ الكفيل، ولم يذكر فيه خلافاً، وذكر الجصّاص رحمه الله عن أبي يوسف رحمه الله أنّه لا يجوز ولا يبرأ وهو القياس، وكان القياس قول أبي يوسف رحمه الله والاستحسان قولهما.

١- انظر: خلاصة الفتاوى ١٦٨/٤، نصّه: ولو شرط أن يدفع إليه في مصر فسلّم إليه في مصر آخر برئ عند أبي حنيفة وعندهما لا يبرأ، كذا في لسان الحكّام /٢٦٠، ولكنّ صاحب لسان الحكّام نسب قول عدم البراءة إلى الإمام محمّد فقط ولم يذكر معه أبا يوسف فقال: وإن شرط أن يسلّمه في مصر كذا فسلّمه في مصر آخر برئ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعند محمّد رحمه الله لا يبرأ، وأمّا ابن نجيم فقد نسب قول عدم البراءة إلى محمّد وأبي يوسف رحمهما الله، انظر: البحر الرائق ٢١١/٦، وتابعه ابن عابدين في حاشيته على الدّر ٢٥٧/٤.

والفتوى اليوم على قول أبي يوسف ومحمّد رحمهما الله، قال ابن نجيم وهو قول زفر: وبه يفتى في زماننا لتهاون الناس في إقامة الحقّ، البحر الرّائق٢١١/٦.

وفي ردّ المحتار: ويشترط عندهما أن يكون هو المصر الذي كفل فيه لا عند الإمام وقولهما أوجه كما في الفتح، وقيل: إنّه اختلاف عصر وزمان لا حجّة وبرهان، وبيانه في الزيلعي ... وفي الواقعات الحسامية جعل هذا رأياً للمتأخرين لا قولاً لزفر، ولفظه "والمتأخرون من مشائخنا يقولون: جواب الكتاب أنّه يبدأ إذا سلمه في السوق أو في موضع آخر في المصر بناء على عاداتهم في ذلك الزمان، أمّا في زماننا فلا يبرأ لأنّ الناس يعينون المطلوب على الامتناع عن الحضور لغلبة الفسق فكان الشرط مفيداً فيصح وبه يفتى ٢٥٧/٤).

(٣٩٨) قال: ولو أن وصي الميّت كفل غريماً من غرمائه فسلّم هذا الكفيل نفس الغريم إلى بعض الورثة فإن كان على الميّت دين لا يبرأ ، لأنه ولاية التصرف للوصي لا للوارث ، وإن لم يكن عليه دين برئ من حصة هذا الوارث ، لأنه هو الأصيل بقدر حصته وقد وصل نفس المطلوب إليه فلا يبقى للوصي حق المطالبة لأجله ، وإن سلم إلى جميع الورثة في هذا الفصل برئ ، لأن الحق لهم .

(٣٩٩) وإن سلم إلى الغرماء الذين لهم على الميت دين لا يبرأ ، لأنه لا ولاية لهم على التصرّف في تركة الميّت ، وكانوا كالأجانب ، وكذلك على هذا حكم إبراء الكفيل من الورثة على هذا التفصيل ، فلا يصح إبراء الغرماء على كل حال ، هذا إذا كان الإبراء مطلقاً.

أمّا إذا كان بعوض بأن صالح من الكفالة بالنفس على مال فيه روايتان ، في رواية الصلح والكفالة باطل ، وفي رواية الصلح باطل والكفالة صحيحة ، وهذا كلّه في كفالة الفرد.

(٤٠٠) أمّا إذا كفل ثلاثة رهط بنفس رجل على أن يكون البعض كفيلاً عن بعض ، فقد ذكر عن بعض وأراد ببعض ، لأنّ في الكفالة بالنفس قال: كفل به وفي الكفالة بالمال كفل عنه فقد ذكر كلمة "عن" وأراد به "الباء" وهذا جائز ، لأنّ حروف الصلات ممّا يتعاقب بعضها بعضاً ، قالوا: هذه المسألة لا يخلو إمّا أن كانت الكفالة واحدة باتحاد الصفقة بأن قالوا: كفلنا بنفس فلان لفلان ، فقبل الطالب ذلك منهم جملة أو وقعت الكفالة منهم متفرقة ، بأن كفل رجل بنفس المطلوب وقبل الطالب ذلك منه ، ثمّ

كفل آخر بنفس المطلوب وقبل ثمّ الثالث بعد ذلك ، فإن كفلوا جملة و لم يشترطوا أن يكون بعضهم كفيلاً عن بعضهم ، فإذا سلّم واحد منهم المطلوب إلى الطالب فإنّه يبرأ وصاحباه ، ويكون الطالب مجبراً على القبول ، لأنّ المسلم سلّم ثلث المطلوب عن نفسه وثلثيه عن صاحبيه بحكم الوكالة عنهما ، وكما يجبر الطالب على القبول من الكفيل يجبر على القبول من وكيله ، كما قالوا في ثلاثة نفر ابتاعوا من رجل صفقة واحدة صار كلّ واحد منهم وكيلاً عن صاحبيه بأداء حصّتهما عن الثمن ، حتّى لو أدّى جميع الثمن يجبر البائع على القبول ، لأنّ العقد كان واحداً في حقّ البائع فلا يجوز لواحد منهم قبض نصيبه ، وهو الثلث لأنّه يودّي إلى تفريق الصفقة على البائع وهذا لا يجوز ، كما لو كان المشتري واحداً ، وإذا لم يجز لأحدهم قبض نصيبه إلاّ بتسليمه جميع الثمن صار كلّ واحد وكيلاً عن صاحبيه بأداء حصّتهما عن الثمن ضرورة ففيه تفريق الصفقة على البائع ، وههنا كلّ واحد منهما يصير كفيلاً عن صاحبيه ضرورة إمكانه تسليم الثلث الذي كفل به إلى الطالب ، وإن كفلوا جملة وشرطوا أن يكون بعضهم كفيلاً ببعض فسلّم أحدهم المطلوب إلى الطالب برئ الكلّ عن تسليم المطلوب وعن تسليم صاحبيه ، وإن سلّم واحد منهم صاحبيه فإنّه يبرأ المسلّم عن تسليم صاحبيه ولا يبرأ عن تسليم المطلوب.

وفرّقوا بين هذا وبين الكفالة بالمال بأن كفل ثلاثة نفر عن رجل بمال كفالة واحدة فسلّم واحد منهم جميع المال إلى الطالب فإنّ الطالب يجبر على قبول الثلث الذي يسلّم عن نفسه ، ولا يجبر على قبول الثلثين الذي يؤدّى عن صاحبيه ، ووجه الفرق أنّ في الكفالة بالمال يمكن للكفيل أداء حصّته بما كفل

به دون أداء حصة صاحبيه فلايصير وكيلاً عن صاحبيه بل يكـــون متبرّعــاً ، وللطالب أن لا يقبل تبرّعه ، أمّا ههنا لا يمكن تسليم ثلــث المطلــوب دون تسليم الثلثين فيصير كلّ واحد منهم وكيلاً عن صاحبيه في تسليم ثلثه كمـا في البيع هذا إذا كفلوا جملة بعقد واحد ، أمّا إذا كفلوا على التفاريق بعقود ثلاثـة إن شرطوا أن يكون بعضهم كفيلاً ببعض أو لم يشترطوا فإن لم يشـترطوا إذا سلّم أحد منهم المطلوب إلى الطالب فإنّه يبرأ عنه المســلّم ، ولا يــبرأ عنـه صاحباه، لأنّ الطالب استحقّ على كلّ واحد منهم تسليم المطلوب بكماله فإذا سلّم أحدهم يكون مسلّما عن نفسه لا عن صاحبيه ، كما لو ابتاع ثلاثة نفـر عبداً، اشترى كلّ واحد منهم ثلث العبد شراء على حدة ثمّ أراد واحد منـهم أن يؤدّي جميع الثمن ، فإنّ البائع لا يجبر على القبول ، لأنّه يمكنه أداء ثلــث الثمن وقبض ثلث العبد فلا يجعل وكيلاً عن صاحبيه من غير ضرورة فكــذا ههنا ، وإن شرطوا أن يكون بعضهم كفيلاً ببعض فسلّم واحد منهم المطلـوب فإنّه يبرأ المسلم عن تسليم المطلوب وعن تسليم صاحبيه.

[كفالة الكفيل]

(٤٠١) قال: وإذا كفل رجل بنفس رجل وكفل الآخر بنفس الكفيــل فهو جائز ، لأنّ هذه كفالة استجمعت شرائط الجواز ، فجازت كمـــا لـو جازت الكفالة بنفس المطلوب ، فإن مات المطلوب برئ الكفيلان جميعاً ، لأنّ الكفيل الأول برئ بموت المكفول فيبرأ الكفيل الثاني أيضاً ، لأنّ الكفيـل الأول أصيل في حقّ الثاني ، وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل ، فإن مات الأوسـط برئ الآخر ، لأنّ الأوسط أصيل في حقّ الآخر وموت الأصيــل في الكفالــة

بالنفس يوجب براءة الكفيل فيبرأ الآخر ، ولو مات الآخر فالأوسط على كفالته لأنّ الأوسط أصيل ، والآخر كفيل عنه وموت الكفيل لايوجب براءة الأصيل ، وإن دفع الأول نفسه إلى الطالب برئ الكفيلان جميعاً ، لأنّ الكفيل الأول لما سلّم المطلوب إلى الطالب برئ وبراءته توجب براءة الثاني لما ذكرنا أن الأول أصيل في حقّ الثاني.

[تعليق الكفالة بالشرط واقترانها به]

(٤٠٢) وأمّا الكفالة المعلّقة بالشرط فالكفالة المعلّقة لا تخلو إمّا أن علّقها بشرط متعارف أو غير متعارف ، ذكر محمّد رحمه الله في كفالة الأصل[1] وفي الحيل أنّ تعليق الكفالة بشرط غير متعارف فاسد ، لأنّ الكفالة عقد وتمليك فلا يصحّ تعليقها بالأخطار والشروط ، كما في البيع والهبة وأشباه ذلك، وذكر صاحب الذخيرة[2] إذا أراد تصحيحها ينبغي أن يكون مكان الكفالة وكالة معلّقة بشرط غير متعارف ، لأنّ الوكالة

١-انظر: فتح القدير ١٧٢/٧ ، البحر الرائق وحاشية منحة الخالق على البحر ٢٢٠/٦.

٢-انظر: البحر الرائق ٢٢٢/٦ ، نصّه: فالحاصل أنّ الشرط غير الملائم لاتصحّ معه الكفالة أصلاً ومع الأجل الغير الملائم تصحّ ويبطل الأجل لكن تعليل المصنّف هذا بقوله ، لأنّ الكفالة لما صحّ تعليقها بالشرط يقتضي أنّ في التعليق بغير الملائم تصحّ الكفالة حالة وإنّما يبطل الشرط، والمصرّح به في المبسوط وفتاوى قاضيخان: أنّ الكفالة باطلة فتصحيحه أن يحمل لفظ تعليقها على معنى تأجيلها بجامع أنّ في كلّ منهما عدم ثبوت الحكم في الحال.

مما يجوز تعليقها بشرط غير متعارف، وذكر محمّد رحمه الله في الجامع[1] أنّ العبد المأذون إذا لحقه دين وخاف صاحب المال أن يعتقه المولى فقال رجل لصاحب المال: إن أعتقه المولى فأنا ضامن لك لدينك عليه صحّت الكفالة، قال الصدر الشهيد رحمه الله[2]: هذه المسألة دليل على أنّ تعليق الكفالة بشرط غير متعارف جائز، وذكر صاحب الذخيرة[3] أنّ هذه المسألة عندي لا تصحّ دليلاً، لأنّ المولى بإعتاقه يضمن قيمته للغرماء فهذا إضافة الضمان إلى سبب الوجوب وليس بتعليق على الحقيقة وإضافة الضمان إلى سبب الوجوب جائزة، فصحّة الضمان في تلك المسألة من هذا الوجه ، وإن علقها بشرط متعارف بأن يقول: إن لم يوفك فلان مالك عليه إلى أجل كذا فهو عليّ أو يقول: ما ذاب لك على فلان فهو عليّ أو يقول ما وجب على فلان فهو عليّ فالقياس أن لا تصحّ ، ولكن صحّحناها استحساناً لتعامل الناس وتعارفهم.

(٤٠٣) قال: إن أدخل شرطاً في الكفالة ، فإن كان ذلك يؤكّدها صحّ، كما إذا كفل بمال على أن يعطيه إيّاه من ثمن هذه الدار وكفل على أن يعطيه من وديعة المطلوب عنده فإنّ هذه الكفالة جائزة ، لأنّه يؤكّدها ، ويسهل عليه طريق القضاء ولا يطالب بالقضاء إلاّ بما التزم القضاء منه ، ويصير بمنزلة الوكيل بقضاء الدين من الوديعة ، وإن شرط ما لا يليق بالكفالة نحو إن كفل له بالمال على أن جعل له جعلاً فالكفالة باطلة ، هذا إذا شرط

١- لم أجد هذه العبارة في الجامع لمحمد رحمه الله.

٢- لم أجد هذه العبارة.

٣- لم أجد هذه العبارة.

قبل الكفالة ، أمّا إذا شرط بعد الكفالة فعلى قياس قول أبي يوسف ومحمّد رحمهما الله يكون الكفالة جائزة وعلى قياس قول أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز بناء على أنّ عنده يلتحق الشرط بأصل العقد وعندهما لا يلتحق.

(٤٠٤) ثمّ في موضع تعليق الكفالة بالشرط إذا اختلفا فقال الطالب والمطلوب: تحقّق الشرط وقال الكفيل: لم يتحقّق فإن كانا متّهمين في هذا الإقرار بأن كانا لا يملكان إنشاء الشرط فالقول قول الكفيل ولا يؤاخذ بالمال لإنكاره شرط وجوب المال على نفسه ، فإن لم يكونا متّهمين فيه بأن ملك كلّ واحد منهما الإنشاء نحو أن يقول الكفيل: ما بايعت فلاناً فهو عليّ ، فقال الطالب: بعته متاعاً بألف درهم وأقر المطلوب بذلك وكذّبهما الكفيل فالقول قولهما استحساناً، وفي القياس القول قول الكفيل لإنكاره لزوم المال على نفسه بإنكاره المبايعة ، ولكنا استحسنا ، جعلنا القول قولهما لأنّهما يملكان إنشاء البيع فلم يكونا متّهمين في الأخبار ، بخلاف ما إذا قال: ما لك على فلان فهو عليّ فأقر المطلوب على نفسه بدين ألف درهم ، وكذّبه الكفيل، فالقول قول الكفيل لأنّ ثمّة شرط وجوب المال عليه قيام الدين على الأصيل قبل الكفالة ، لأنّه متّهم في إسناد وجوب المال إلى ذلك الوقت، لأنّ إقراره حجّة قاصرة فلا يصدّق ، أمّا ههنا شرط وجوب المال إلى ذلك الوقت إنّما هو المبايعة بعد الكفالة وقد وجدت فثبتت بالحجّة ، وروى أسد بن

عمرو عن أبي حنيفة رحمهما الله أنّ القول قول الكفيل[1] ، ومن مشائخنا رحمهم الله من قال: ما ذكر في هذه الرواية جواب القياس ، وما ذكر في الأصل جواب الاستحسان ، ومنهم من قال: ما ذكر في هذه الرواية محمول على ما إذا تصادقا بعد هلاك المبيع ، وهما لا يملكان إنشاء البيع فيه فكانا متّهمين في الإقرار فلا يصدّقان ، وبعض أصحابنا رحمهم الله صحّحوا رواية أسد بن عمرو، وقالوا: إنّهما كانا متّهمين عسى يريدان إلزام المال على الكفيل ثمّ يقسمان ، والتهمة مانعة من صحّة الإقرار ، ولو ادّعى الطالب المبايعة ، وأنكرا ذلك فالقول قولهما لإنكارهما ، فإن أقام البيّنة تقبل البيّنة ، لأنّه أثبت ما ادّعاه بالحجّة فكان له أن يأخذ المطلوب إن شاء وإن شاء اتبع الكفيل ، وسواء أقام البيّنة عليهما أو على أحدهما ، لأنّ البيّنة على الغائب مقبولة إذا كان عنه خصم حاضر كأحد الورثة إذا أقيمت عليه البيّنة كان كإقامة البينة على الباقين.

فإن كان الذي أقيم عليه البيّنة هو المطلوب فلا شك في قبوله لأنه أصيل ، وإن أقام البيّنة على الكفيل فكذلك ، لأنّه لا يمكنه إلزام المال

١- القاضي البجلي الكوفي صاحب الإمام أبي حنيفة ، تفقّه عليه ووثقة يحيي بن معين ولا يلتفت إلى من ضعفه ، وروى عنه أحمد بن حنبل وهو كاف في كونه ثقة وعن الصيمري بإسناده إلى أبي نعيم أنّه قال: هو أول من كتب كتب أبي حنيفة ، أسد بن عمرو ولي القضاء بعد أبي يوسف للرشيد ، توفي سنة خمسين ومائة ، انظر: الفوائد البهية /٤٥.

على الكفيل بسبب الكفالة إلاّ بعد لزوم المال على الأصيل حتّى لو حضر لايحتاج إلى إقامة البيّنة عليه ، والكفالة المضافة والمعلّقة سواء.

(٤٠٥) قال محمّد رحمه الله[1]: إذا كان لرجل على رجل دين دراهم أو دنانير أو شيء ممّا يكال أو يوزن إلى أجل أو حالاً فكفل رجل بنفس المطلوب، وشرط في الكفالة بالنفس إن لم يواف به إلى أجل كذا أو قال: إن لم أوافك بعد حلول الأجل فعليَّ مالك عليه من المال ، وهو كذا وكذا فالكفالتان جائزتان بلا خلاف بين علمائنا رحمهم الله ، لأنّه اتحد الطالب والمطلوب ، ومتى اتحد الطالب والمطلوب فتعليق الثانية بعدم موافاة المكفول به جائز استحساناً ، والقياس أن لا يجوز ، وبالقياس أخذ الشافعي رحمه الله وبالاستحسان أخذ علماؤنا رحمهم الله ، وجه القياس أنّ الكفالة تمليك وتعليق التمليكات بالخطر لا يصحّ وكان القياس أن لا يجوز الكفالة بالدرك ، لأنّها معلّقة بالخطر إلاّ أنّا جوزنا ذلك للضرورة ولا ضرورة ههنا في جوازها مع التعليق ، فعلماؤنا رحمهم الله قالوا: بأنّ هذه كفالة علّقت بخطر للناس فيه تعامل خلفاً وسلفاً فيجوز قياساً على الكفالة بالدرك بالضرورة والتعامل ، وإليه أشار محمّد رحمه الله[2] فإنّه كان يقول: في بعض المسائل التي لا يجوز

١- انظر: الهندية ٢٧٥/٣ ، خلاصة الفتاوى ١٦٧/٤.

٢- انظر: المبسوط: ١٧٧/٢٠ ، نصّه : أنّه لو قال كفلت لك ما أدركك في هذه الجارية التي اشتريت من درك كان جائزاً ، وأصل لحوق الدرك وقدر ما يلحقه من المدرك مجهول ، وقد اعتاد الناس الكفالة بهذه الصفة وكذلك لو قال: كفلت لك بما أصابك من هذه الشجة التي شجها فلان وهي خطأ كان جائزاً ، بلغت النفس أو لم تبلغ ومقدار ما التزمه بهذه الكفالة مجهول ، لأنّه لايدري قدر ما يبقي من الشجة=

تعليق الثانية ، هذا لا يشبه عمل التجّار يريد به أنّ الناس لا يتعاملونها ، وفي بعضها قال: لا يجوز ، لأنه من عمل التجار فقد أشار إلى أنّ المدار إنّما هو التعامل ، وإذا كان كذلك صحّ قولنا أنّ التعليق حصل بخطر للناس فيه تعامل فجاز كالكفالة بنفسه ، فإن لم يوافك به غدا فعليّ مالك عليه و لم يسم كم هذا فمضى غد و لم يوافه فإنّه يلزمه المال ، لأنّ الكفالة بالمال المجهول تصحّ مرسلة عندنا كما يصحّ معلّقة بشرط للناس فيه تعامل كالطلاق والعتاق ، لمّا صحّ مع الجهالة مرسلاً صحّ بالمجهول جائزة فإنّه قال: لو قال رجل: كفلت لك ما أصابك من هذه الشجة التي شجها فلان وهي خطأ فكان جائزاً ؛ مع أنّما يصيبه من هذه شجة مجهول ، لأنّه قد يسري إلى النفس فيصير كفيلاً بضمان النفس وإن اقتصر على الشجة فيصير كفيلاً بضمان الشجة.

(٤٠٦) قال محمّد رحمه الله في الجامع الصغير: رجل لزم رجلاً وادّعى عليه مائة دينار أو لم يدع مائة دينار بل ادّعى حقاً مطلقاً أو مالاً مطلقاً أو دنانير و لم يبين قدرها ، فقال له رجل: دعه وأنا كفيل بنفسه فإن لم يوافك به غداً فعليّ مائة دينار ورضي به الطالب ، و لم يوافه به غداً فعليه مائة دينار في الوجهين عند أبي يوسف رحمه الله إذا ادّعى صاحب الحقّ مائة دينار وهو قول أبي حنيفة رحمه الله ، وقال محمّد رحمه الله[1]: إذا ادّعاها و لم يسمّها

=وأنّه هل يسري إلى النفس أو لا يسري ، فدلّ أنّ مثل هذه الجهالة لا تمنع الكفالة، راجع : الهندية ٢٧٦/٣.

١- انظر: الهندية ٢٧٦/٣ ، نصّه: وفي الجامع الصغير رجل لزم رجلاً وادّعى عليه مائة دينار أو لم يدع المائة الدينار بل ادّعى عليه حقاً مطلقاً أو مالاً مطلقاً أو دنانير مطلقة و لم يبيّن قدرها فقال رجل: دعه وأنا كفيل بنفسه فإن لم يوافك به غداً فعليّ مائة=

حتّى كفل له بمائة دينار ثمّ ادّعى بعد ذلك لم يلتفت إلى دعواه ، لمحمّد رحمه الله في المسألة طريقان أحدهما ما اختاره إمام الهدى أبو منصور رحمه الله أنّه لما قال: عليّ مائة دينار و لم يضف الكفالة إلى المال المدعى به يحتمل أنّه التزم مالاً مبتدأ فيكون رشوة ، ويحتمل أنّه أراد التزام ما على الأصيل فلا يكون رشوة والمال لم يكن لازماً فلا يلزم بالشك ، وهذا يشير إلى أنّ ما ادعاه عليه مالاً معلوماً لا يصحّ الكفالة ، والوجه الثاني ما اختاره الكرخي رحمه الله أنّه إذا لم يدّع مالاً مقدراً لم يستوجب إحضاره إلى مجلس القاضي لفساد الدعوى فلم يصحّ الكفالة بالمال لأنّها بناء على الأولى ، وعلى هذا إذا كان المدّعى به معلوماً وقت الدعوى فيصحّ الكفالة ، ويصرف الكفالة إلى المدّعى به ، ولأبي حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله أنّ هذه كفالة بالمال المدّعى به عند الوجوب ، أمّا إذا لم يكن المال معلوماً عند الدعوى فلأن العادة فيما بين الناس أنّهم يحملون الدعوى في غير مجلس القضاء ، ويثبتون عند القاضي دفعاً لحيل الخصوم ويريد الكفيل بالمائة المطلقة المائة التي يدّعيها المدّعي كأنّه قال: إن كانت لك عليه مائة فأنا كفيل بتلك المائة أو يقول: لو جعل هذا إلزاماً للمال المطلق لا يصحّ ، ولو جعل هذا إلزاماً للمال المدّعى به يصحّ فيجعل كذلك تصحيحاً ، فإذا بين المدّعي ذلك عند القاضي ينصرف بيانه إلىابتداء الدعوى والملازمة فيظهر صحّة الكفالة بالنفس والمال جميعاً ويكون القول قوله هذا البيان ، لأنّه يدعي صحّة الكفالة كمن كفل لرجل في غيبته فلمّا حضر الغائب

=دينار ورضي به الطالب فلم يواف به غداً فعليه مائة دينار في الوجهين عند أبي يوسف رحمه الله تعالى إذا ادّعى صاحب الحقّ المائة الدينار وهو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، كذا في الذخيرة.

قال: إنك أقررت لي بالكفالة في حال غيبتي ، وقال الكفيل: كان ذلك ابتداء كفالة كانت في غيبتك ولم يصحّ كان القول فيه قول الطالب ، لأنّه يدعي صحّة الكفالة والكفيل يدعي الفساد.

(٤٠٧) قال: ولو ادّعى رجل قبل رجل ألف درهم فأنكرها ثمّ قال إن لم يوافك به غداً فهو عليّ ، فلم يوافه من غد ، ليس عليه شيء ، لأنّ المعلّق بالشرط إقرار لا كفالة لأن المدعى عليه أنكر الألف ولو أقر بها لا يصير كفيلاً عن نفسه فإذا أنكرها أولى وإذا لم يمكن أن يجعل هذا كفالة كان إقراراً معلقاً بالشرط ، والإقرار المعلق بالشرط كان باطلاً.

(٤٠٨) قال: ولو كفل رجل به فقال: إن لم أوافك به غداً فالذي تدعيه عليه عليّ ، ولم يقر المطلوب فإنّه يجوز الكفالتان عندهم جميعاً ، لأنّه اتحد الطالب والمطلوب ، ولا يلزم على المطلوب مال ، لأنّه لم يوجد منه إقرار بالمال لا نصاً ولا اقتضاءً فإنّه لم يأمر الكفيل بهذه الكفالة ، ولو وجب عليه المال إنّما يجب بإقرار الكفيل وإقرار الكفيل حجّة في حقّ نفسه لا في حقّ المطلوب وانتفاء ثبوت المال في حقّ المطلوب لا يمنع جواز الكفالة ، لأنّ المال على المطلوب إن لم يثبت في حقّ المطلوب لإنكاره يثبت في زعم الكفيل والطالب وإذا ثبت المال في زعم المطلوب صار كفيلاً بحقّ واجب للطالب في زعمهما فصحّت الكفالة.

(٤٠٩) قال: ولو أن المطلوب أمر الكفيل بالكفالة على هذا الشرط فما لزم الكفيل أمر المطلوب إن لم يواف به ، لأنّ أمره بالكفالة على هذا الشرط إقرار بالمال الذي علّقه ، لأنّ أمره بأن يكفل عنه بالألف ، متى لم يوافه يكون إقراراً منه ، مقتضى صحّة الأمر بالكفالة ، لأنّ الكفالة لا تصح إلا بدين

واجب عليه ، والثابت اقتضاء كالثابت نصاً ، قال: وإذا كفل رجل بنفس رجل على أنّه إن لم يواف غدا فعليه المال الذي عليه وهو ألف درهم ، ولم يواف به الكفيل ولكنّ الرجل لقي الطالب وخاصمه فتلازما في المسجد إلى الليل ، فإنّ المال لازم على الكفيل ، لأنّ شرط الكفالة بالمال ترك الموافاة في الغد وقد وجد لأنّ ملازمة الطالب إيّاه والخصومة معه لا يكون إيفاء من الكفيل عندنا ، ألا ترى أنّه لو لم يكن علّق الكفالة بالمال بعدم موافاة المكفول به لا يصير الكفيل بريئاً عن الكفالة بالنفس بأن لازم الطالب المكفول به وخاصمه لأنّ الموافاة من الكفيل لم يوجد فكذا هذا ، فإن قال المطلوب: سلّمت نفسي إليك من كفالة فلان برئ الكفيل من المال لأنّ الموافاة في الغد قد وجد ، لأنّ موافاة المطلوب نفسه من الكفالة بمنزلة موافاة الكفيل ، ألا ترى أنّ الطالب يجبر على قبوله كما يجبر لو وافاه الكفيل ، وإذا وجد الموافاة من الكفيل في الغد لم يوجد شرط وجوب المال.

(٤١٠) قال: وإذا كفل رجل بنفس رجل على أنّه إن لم يواف به يوم كذا وكذا فعليه الألف التي له على فلان ، ثمّ كفل آخر بنفس الكفيل على أنّه إن لم يواف به يوم كذا وكذا فالمال الذي كفل به الكفيل الأول فهو عليّ، صحّت الكفالتان من الكفيل الأول ومن الكفيل الثاني عندهم جميعاً ، فإن وافى الكفيل الأول بالمطلوب ودفعه إليه في ذلك اليوم فالكفيلان جميعاً بريئان ، أمّا عن الكفالة بالنفس لأنّه سلم المكفول به إلى الطالب ، وأمّا عن الكفالة بالمال لأنّه لم يوجد شرط ثبوت الكفالة بالمال ، وإذا برئ الكفيل الأول برئ الثاني لما ذكرنا ، أنّ الأول أصيل في حقّ الثاني والثاني كفيل عنه وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل ، فإن وافى الكفيل الثاني بالكفيل الأول ، ولم يواف

الكفيل الأول المطلوب إلى الطالب برئ الكفيل الثاني عن الكفالتين لما ذكرنا أن براءة الثاني عن الكفالتين لا توجب براءة الأول.

(٤١١) قال: وإذا كفل رجل بنفس رجل على أنّه إن لم يواف به إلى الشهر فالمال الذي عليه وهو مائة درهم عليه ، ثمّ لقي الطالب المكفول به قبل الأجل وأخذ منه كفيلاً آخر بنفسه على أنّه إن لم يواف به إلى أجل كذا وكذا فعليه ما عليه ، صحّت الكفالتان من كلّ واحد منهما ، وإذا صحّت الكفالتان فبعد ذلك لا يخلو إمّا وافيا به قبل مضي الأجل أو لم يوافيا به حتى مضى الأجل أو وافى به أحدهما قبل مضي الأجل ولم يواف الآخر ، فإن وافيا به قبل مضي الأجل فإنّهما يبرءان عن الكفالة وإن لم يوافيا به حتّى مضى الأجل صار كلّ واحد منهما كفيلاً بالمال ، وكان للطالب أن يطالب أيّهما شاء، فإن وافى أحدهما دون الآخر فالذي وافى به يبرأ والآخر لايبرأ، سواء كان الموافي به الأول أم الثاني بخلاف المسألة الأولى ، فإنّ الموافي به متى كان هو الأول فإنّ الآخر يبرأ ، لأنّ في المسألة الأولى الأول أصيل في حقّ الثاني ، لأنّه كفل عنه والأول بالموافاة برئ عن الكفالتين فيبرأ كفيله، لأنّ براءة الأصيل توجب براءة الكفيل، أمّا ههنا الثاني لم يكن كفيلاً عن الأول ، بل كان واحد منهما كفل عن المطلوب لا عن صاحبه ، وبرءاة أحد الكفيلين من المطلوب لا توجب براءة الآخر ، فإن قال الكفيل الذي دفعه ووافى به: قد دفعته عن نفسي وعن فلان فإنّه يكون عنه لا عن الآخر إلا أن يقبل عنه الطالب، لأنّ المسلم عن الآخر متبرع في حقّه ، والتسليم متى وجد من المتبرّع لا يجبر على القبول ، إلا أن يقول: أنا وكيل فلان وصدّقه الطالب في ذلك فحينئذ يجبر الطالب على

القبول ، لأنّ الطالب كما يجبر على القبول من صاحب الحقّ يجبر على القبول من نائبه ، وقد ثبتت وكالته بتصادقهما، فإن أنكر الطالب وكالته إن أقام البينة على الوكالة يجبر على القبول وإن لم يقم البينة لا يجبر ، لأنّ الأداء إذا لم يوجد ممّن عليه الحقّ ولا من نائبه لا يجبر الطالب على القبول.

(٤١٢) قال: وإذا كفل رجل بنفس رجل على أن يوافي به إذا جلس القاضي فإن لم يواف به فعليه الألف التي الطالب عليه فلم يجلس القاضي أيّاماً ، ولم يواف به ،وطلبه صاحبه فلم يأت به فلا شيء على الكفيل من المال ، لأنّ شرط ثبوت الكفالة بالمال معلّق بشرطين بعدم موافاة المكفول به وبجلوس القاضي ، لأنّه قال: أوافيك إذا جلس القاضي فإن لم يوافك به وجلس القاضي فأنا كفيل بالمال ، والمعلّق بشرطين لا يثبت بأحدهما وقد وجد عدم الموافاة ولم يوجد جلوس القاضي فلا يلزمه المال.

(٤١٣) قال: رجل كفل بنفس رجل وبما عليه و قال الطالب: إن لم أجئ غداً بمجلس القضاء وآخذه منك فأنت بريء ، ثمّ اختلفا بعد الغد فالقول قول الكفيل أنّي قد جئت ولم تجئ أنت ، والمنازعة في المجيء وعدمه غير معتبرة في نفسها ، ولم يتعلّق بعدم المجيء براءة الكفيل وعدم براءته فينبغي أن يعتبر المقصود ، وهو براءة الكفيل وعدمها ، وفي المنتقى[1]: إذا قال الكفيل بالنفس: إن لم يوافك به غداً بمجلس القضاء ، أو قال: إلى مجلس القاضي فأنا ضامن لما لك عليه ، وهذا على أن يوافي به، ويدفعه إليه فإن لم يدفعه إليه فهو ضامن للمال.

١- انظر: لسان الحكّام/٢٥٦.

ولم يذكر ما إذا قال: إن لم آتك به فعلى قياس ما ذكرنا في قوله إن لم يواف به يجب أن لا يشترط الدفع بل يكتفي بالإتيان به في مجلس القاضي.

(٤١٤) قال: إذا قال للطالب "اكر فلان عاجز آيد أز كزاردن" مالك عليه من المال فأنا كفيل به، أو قال: فأنا ضامن بمالك عليه، فقد قيل: إنّما يظهر عجزه إذا طالبه بالأداء ولم يقدر عليه، وقيل: إنّما يظهر عجزه بالحبس مدّة حتّى يعلم أنّه لو كان قادراً على الأداء لما تحمّل مرارة الحبس تلك المدّة.

(٤١٥) قال: إذا كان لرجل على رجل ألف درهم فقال: إن لم يعط فلان مالك عليه فهو عليّ، فتقاضاه ولم يعطه فإنّه لا يصير كفيلاً بالمال ما لم يمت المطلوب قبل الإعطاء، وفي الاستحسان يصير كفيلاً في الحال لمكان العرف، فإنّ العرف في مثل هذه الكفالة أنّهم يريدون بها تعليق الكفالة بعدم الإعطاء من الأصيل وقت المطلوب لا بعدم الإعطاء في جميع العمر، وصار تقدير المسألة بحكم العرف إن لم يعطك فلان مالك عليه وقت الطلب فأناكفيل به، هكذا ذكر في الأصل، وفي المنتقى[1]: إذا مات الذى عليه المال قبل أن يطالب الطالب لزم الكفيل المال.

١- ذكر هذه المسألة الإمام طاهر بن عبد الرشيد باختلاف يسير فقال: وفي المنتقى: رجل قال لآخر إن لم يعطك فلان مالك عليه فأنا لك ضامن بذلك لزم الكفيل ولو مات المطلوب قبل أن يتقاضاه لزم الضمين أيضا ولو لم يمت لكنّه قال أنا أعطيك إن أعطاه مكانه أو ذهب إلى السوق فأعطاه أو قال اذهب إلى المترل حتّى أعطيك مالك فهو جائز.

انظر: خلاصة الفتاوى ١٦٧/٤، البزازية على هامش الهندية ٨/٦.

(٤١٦) وقال: وإن أنكر المطلوب في هذه الصورة إن كان للطالب عليه شيء فعليه أن يخاصم الكفيل في تثبيت المال الذي على الأصيل، وعلى هذا إذا قال: إن لم يدفع فلان مالك عليه فهو عليَّ، ثمّ إنّ الطالب تقاضى المطلوب بماله عليه فقال: لا أدفعها إليك ولا أقضيك أو قال: لا شيء لك عليّ، فالمال في تلك الساعة على الكفيل وللطالب أن يخاصم الكفيل في تثبيت الذي على الأصيل إن جحده، ولو تقاضاه فقال: أنا أعطيك فإن أعطاه مكانه أو ذهب به إلى منزله فهو جائز ولا يلزم الكفيل إذا جاء من قبله أمر متعارف، يشبه هذا أو نحوه، وإن طالب ذلك ولم يعطه من ديونه لزم المال الكفيل، ولو قال: إن تقاضيت فلاناً بمالك عليه فلم يعط فأنا ضامن فمات المطلوب قبل أن يعطيه بطل الضمان.

(٤١٧) قال: وإذا كفل رجل بنفس رجل على أن يوافي به غداً فإن لم يوافه غداً فعليه المال الذي عليه، وهو ألف درهم فلم يواف به في الغد فإنّه يصير كفيلاً بالمال، فإن أدّى المال إلى الطالب فلا يبرأ عن الكفالة بالنفس ويبقى كفيلاً بالنفس، لأنّ الكفالة بالنفس حصلت مطلقة لا بالمال الذي أدّى، فمن الجائز أنّه كفل بنفسه بسبب هذا المال فيبرأ إذا أدّى، ومن الجائز أنّه كفل بنفسه بمال آخر، فلا يبرأ بأداء هذا المال، كما لو أقرّ الطالب وقال: لاحق لي قبل المطلوب لا يبرأ عن الكفالة بالنفس لجواز أنّه كفله بغير الحقّ لا بحقّه، ولو قال: فإليّ المال أو عليّ فاللفظان سواء في إيجاب الضمان، وقد ذكرنا في النوع الأول من هذا الفصل، وإن قال: فعندي له هذا المال كان كفيلاً، وقيل: يجب أن لا يصير كفيلاً، لأنّ كلمة عند يستعمل في الأمانات لا في الديون، ألا ترى أن من أخر فقال: مالي عند فلان حقّ ثمّ ادّعى بعد

ذلك وديعة عنده لا يصدّق ، ولو ادّعى ديناً يصدّق فكان يجب أن لا يصير كفيلاً بهذه العبارة إلا أنّا نقول: إن عند وعلى من حروف الصلات فيجوز أن يقام بعضها مقام بعض على سبيل المجاز ، كما في قولهم: لفلان عليّ ألف درهم إلا أنّها وديعة على سبيل المجاز ، كما في قولهم لفلان عليّ كان المراد من قوله عليّ أي عندي على سبيل المجاز ، فكذا ههنا ذكر كلمة عند أراد به على وإلى مجازاً ، وهذا جائز فيحمل عليه حتّى لا يلغو.

[الكفالة المؤجّلة]

(٤١٨) وأمّا الكفالة المؤجّلة فالأجل لا يخلو إمّا أن كان معلوماً نحو ما إذا كفل بنفس رجل إلى شهر أو كفل بمال عن رجل إلى شهر، وقد ذكرناها من قبل ، أو مجهولاً ، والمجهول لا يخلو ، إمّا أن كانت جهالته مستدركة نحو الكفالة إلى الحصاد والدياس والقطاف والنيروز والمهرجان وصوم النصارى ، أو غير مستدركة نحو الكفالة إلى مهب الريح وتمطّر السماء ، فإن كانت مستدركة جازت الكفالة والأجل وإن كانت غير مستدركة فلا يخلو إمّا أن كانت متعارفة أو لم تكن ، فإن كانت غير متعارفة فالأجل باطل ، لأنّ الكفالة ممّا يتحمّل فيها الجهالة المستدركة دون ما لم يكن مستدركاً ، ألا ترى أنّه لو قال: ما بايعت فلاناً من شيء فهو عليّ جازت الكفالة ، لأنّ الجهالة فيها مستدركة ، وإن قال: ما بايعت أحداً من الناس فهو عليّ لم يجز ، لأنّ الجهالة فيها غير مستدركة ، وإذا بطل الأجل لم تبطل الكفالة ، لأنّ الكفالة لا يبطلها الشروط الفاسدة بخلاف البيع ، وإن كانت متعارفة جازت الكفالة استحساناً.

(٤١٩) قال: إذا كان لرجل على رجل مائة درهم إلى أجل مسمّى فضمنها عنه رجل ضماناً مبهماً ، ولم يسمّ فيه أجلاً ولا حالاً فإنّها على الكفيل إلى ذلك الأجل ، لأنّ الكفيل إنّما يتحمّل ما كان على الأصيل وعلى الأصيل مائة مؤجّلة فيجب على الكفيل كذلك ، ألا ترى! أنّه لو كفل بمائة درهم مطلقاً وعلى الأصيل مائة درهم زيوف أو بنهرجة فإنّه يجب على الكفيل كذلك ، فإنّ قيل: هذا يشكل بالعبد المحجور عليه إذا أقر بمال لإنسان وهو مكلّف مخاطب يصحّ إقراره في حقّ العبد ولا يصحّ في حقّ المولى حتّى لا يؤاخذ به قبل العتق ، فلو جاء إنسان وكفل بما أقرّ العبد عنه للمقرله فإنّ الكفيل يؤاخذ به للحال وإن كان المال مؤجّلاً في حقّ العبد إلى أن يعتق ، وكذلك يشكل بمن اشترى داراً بألف درهم إلى سنة ولها شفيع يأخذها بالشفعة ، فإنّه يأخذها بألف حال وإن كان الشفيع يأخذ الدار بمثل الثمن الذي وجب على المشتري ، وقد وجب على المشتري ألف مؤجّل إلاّ أنا نقول: مطالبة العبد بما أقربه ما سقط بالأجل المشروط له حتّى يعتبر في حقّ الأصيل والكفيل جميعاً ، وإنّما سقطت عن الأصيل وهو العبد ضرورة نفي الضرر عن المولى ، والضرر يندفع عن المولى متى اعتبر الأجل ثابتاً في حقّ العبد ولا يعتبر ثابتاً في حقّ الكفيل ، أمّا ههنا المطالبة ساقطة عن الأصيل بأجل ثبت بالشرط فيعتبر ثابتاً في حقّ الأصيل والكفيل جميعاً ، وأما مسألة الشفعة فالشفيع إنّما يأخذ الدار بثمن آخر يجب على الشفيع بالأخذ ، لأن الأخذ بالشفعة أخذ بشرى من حيث الحكم حتّى يثبت بالأخذ جميع أحكام الشراء بين الشفيع والمشتري من الردّ بالعيب والتحالف ، ولو اشترى منه حقيقة يجب عليه

ثمن آخر ، وكذا إذا أخذه بهذا ، ولهذا قلنا لو أبرأ المشتري الشفيع عن الثمن فإنّه يرتدّ بردّه ، وإذا وجب على الشفيع ثمن آخر بشراء آخر وجب حالاً لأنّه لم يوجد اشتراط الأجل في حقّ الشراء الثاني وكان بمنزلة ما لو باع المشتري من غيره تولية و لم يشترط الأجل لا يثبت الأجل فكذا هذا ، أمّا بنفس الكفالة لا يجب على الكفيل دين آخر بل يجب عليه مجرد المطالبة بما على الأصيل ، ولهذا قالوا: لو أبرأ الطالب الكفيل فإنّه لا يرتد بالرّد ، وإذا كان الواجب بنفس الكفالة على الكفيل مجرّد مطالبة بما على الأصيل لا مال آخر ، والمطالبة على الأصيل إنّما يصحّ بعد مضي الأجل فكذا على الكفيل.

(٤٢٠) قال: وكذلك لو ضمنها الكفيل إلى أجل قد سمّاه دون ذلك الأجل أو أكثر منه أو مثله فإنّها على الكفيل إلى الأجل الذي سمّاه ، فإن كان الأجل حالاً فأخذ الطالب المطلوب حتّى أقام له بها كفيلاً إلى سنة فإنّه يجوز التأخير عنهما ، بخلاف ما لو أخذ به كفيلاً على أن يكون المال على الكفيل إلى سنة فإنّه لا يثبت الأجل في حقّ الأصيل ، لأنّ الأجل براءة مؤقّتة فتعتبر بالبراءة المؤبّدة ، والبراءة المؤبّدة متى كان مضافاً إلى الدين يثبت الإبراء في حقّ الأصيل والكفيل جميعاً ، فكذا الأجل إذا كان مضافاً إلى الدين لا إلى الكفيل يثبت الأجل في حقّهما ، والبراءة المؤبّدة متى كان مضافاً إلى الكفيل خاصّة ثبت في حقّه خاصة و لم يثبت في حقّ الأصيل ، وكذا الأجل.

(٤٢١) قال: ولو أنّ الكفيل أخر المكفول عنه بعد المحلّ إلى أجل مسمّى جاز التأخير في حقّ الكفيل ، ولا يجوز في حقّ المطلوب لما ذكرنا أنّ الأجل

إبراء مؤقّت فيعتبر بالإبراء المؤبد فإن أدّاه الكفيل لم يرجع على المكفول عنه حتّى يمضي أجله.

(٤٢٢) قال: فإن حلّ المال عليهما ثمّ إنّ الطالب أجّل المطلوب سنة فإنّه يتأخر في حقّهما ، فإن أخر الكفيل سنة فإنّ ذلك جائز ، وهو تأخير عنه خاصة ، فإن أدّى الكفيل المال قبل الأجل فإنّه لايرجع على الأصيل ما لم يمض الأجل ، هكذا ذكر في عامّة روايات المبسوط[1] وذكر في بعضها أنه يرجع على الأصيل وكذلك لو مات الكفيل وحل الأجل في حق الكفيل بموته دون حق الآخر ، لأن الموجب للحلول وجد في حق الكفيل ، وهو الموت ، ولم يوجد في حق الأصيل قال: وإذا كفل رجل بمال إلى أجل ، وأصله قرض فهو جائز لأنّ المطالبة للطالب على الكفيل واجبة بالكفالة لا بالقرض ، واشتراط الأجل فيما وجب بالكفالة جائز بخلاف ما لو أجل الأصيل فإنه غير جائز ، لأن المال واجب على الأصيل بالقرض واشتراط الأجل في القرض لا يصحّ.

(٤٢٣) قال: وإذا كفل رجل بمال عن رجل ثمّ كفل عن الكفيل كفيل آخر إلى أجل فحل المال وأجل الطالب الأصيل سنة مستقبلة فهو جائز ، فيكون الأجل ثابتاً في حقّ الكفيلين لما ذكرنا أنّ التأجيل براءة مؤقّتة فتعتبر بالبراءة المؤبّدة ، ولو أبرأ الطالب الأجل ثبت الإبراء في حقّ الكفيلين ، ولو لم يؤجّل الأصيل ، ولكن أخر الكفيل الأول سنة مستقبلة فإنّه يتأخر عنه وعن

١- انظر: المبسوط ٢٠/٦٨ ، نصّه : والتأخير عنهما جميعاً ، لأنّه أضاف التأجيل إلى أصل المال وأصل المال ثابت في ذمّة المطلوب فيثبت الأجل فيه لم يثبت في حقّ الكفيل بثبوته في حقّ الأصيل" ، وفيه : "ولو أجّل المال عليهما ثمّ أخر الطالب الأصيل سنة فهو تأخير عنهما".

الكفيل الآخر ، لأنّ الكفيل الأول أصيل في حقّ الثاني ، وتأجيل الأصيل يكون تأجيلاً للكفيل.

(٤٢٤) قال: ولو كفل رجل عن رجل بألف درهم إلى سنة ثمّ إنّ الكفيل باع من الطالب بها عبداً قبل الأجل ، وقبض العبد ثمّ استحقّ العبد فإنّ المال على الكفيل إلى أجله ، لأنّ الأجل ما سقط بإسقاط من له الأجل وإنّما سقط حكماً للبيع وقد انتقض البيع باستحقاق المبيع من كلّ وجه فينتقض ما يثبت في ضمنه من سقوط الأجل ، فكان بمنزلة ما لو اشترى عبداً بالدين ثمّ استحقّ العبد عاد الدين، لأنّ سقوط الدين ما كان بالإبراء وإنما كان حكماً للبيع ، وقد انتقض البيع فينتقض ما يثبت في ضمنه فكذلك هذا.

(٤٢٥) قال: ولو لم يبعه ولكن قضاه وعجلها فوجدها ستوقة[1] فردّها كان المال عليه إلى أجله ، لأنّ الرد بالستوقة اعتبر ردّاً في حقّ الثالث.

(٤٢٦) قال: ولو أنّ رجلين كفلا عن رجل بألف درهم ، وكل أحد منهما كفيل ضامن على أنّ المال على أحدهما إلى سنة وعلى الآخر إلى سنتين فهو جائز ، لأنّ الأجل يستفاد من جهة الطالب بالشرط ، ولو شرط ذلك يثبت كذلك فإن حلّ المال على صاحب السنة ، وأدّاه فإنّه يرجع على الأصيل بالمال كلّه لأنّ الأجل غير ثابت في حقّ الأصيل ، وإنّما يثبت في حقّ الكفيلين، لأنّه أضاف الأجل إلى الدين وخصهما به ، لم يذكر في الكتاب أنّه

١- قال في لسان العرب: درهم ستّوق وسُتوق ، زَيف بهرج لا خير فيه وهو معرّب قال أبو عبيد: أصلها بالفارسية "مشتقة" فعرّبت ، لسان العرب ١٥٢/١٠.

وفي المنجد: في الأردية كهوتا ، جعل روبية.

إذا مضى سنة في حقّ من شرط الأجل سنة هل للطالب أن يجبره على أداء جميع المال إلى الطالب؟ وذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله[1] لقائل أن يقول: بأنّه لا يجبره، ولقائل أن يقول: بأنّه يجبره.

[كفالة الشريك شريكه في الشركة]

(٤٢٧) قال: ولو كفل رجل بنفس رجل أو بمال، وله شريك مفاوض لا يؤاخذ به شريكه في قول أبي يوسف ومحمّد رحمهما الله سواء كفل بالمال أو بالنفس، لأنّ الكفالة عندهما بالمال والنفس غيرداخل تحت المفاوضة، وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله كذلك الجواب في الكفالة بالنفس، لأنّ الكفالة بالنفس ليست بتجارة، ولا باكتساب مال فكان تبرعاً أو اصطناع معروف فلا يدخل تحت المفاوضة، وأمّا الكفالة بالمال فإنّه يؤاخذ به صاحبه عند أبي حنيفة رحمه الله، لأنّ الكفالة بالمال متى كانت بأمر المكفول عنه إن كانت تنعقد تبرّعاً ابتداء تصير تجارة انتهاء، فكان داخلاً تحت المفاوضة كالشرى، وما دخل تحت المفاوضة يجعل فعل أحدهما كفعل الآخر، وتمام هذه المسألة عرف في موضعه إن شاء الله تعالى.

(٤٢٨) فإن كفل قبل المفاوضة وجعل لها أجلاً ثمّ فاوض وحلّ الأجل، وهما متفاوضان لم يؤاخذ شريكه بذلك في قولهم جميعاً، أمّا على قول أبي يوسف ومحمّد رحمهما الله فإنّ الكفالة لو وجدت من أحدهما

١- انظر: الفتاوى الهندية ٢٨٣/٣، نصّه: إذا كفل رجلان عن رجل بألف درهم وكلّ واحد منهما كفيل عن صاحبه على أنّ المال على أحدهما إلى سنة وعلى الآخر إلى سنتين فهو جائز.

بعد المفاوضة لا يؤاخذ به صاحبه ، فإذا وجد قبل المفاوضة إلى أن لا يؤاخذ به شريكه ، وأمّا على قول أبي حنيفة رحمه الله فلإن الكفالة بالمال عنده داخلة تحت المفاوضة كالشراء ، ولو اشترى أحدهما شيئاً بثمن مؤجّل قبل المفاوضة ثمّ حلّ الأجل بعد المفاوضة فإنّه لا يؤاخذ به صاحبه ، لأنّ هذا الدين وجب من غير شراء فلايكون داخلاً تحت المفاوضة ، وكذا إذا وجب المال بكفالة لم تكن داخلة تحت المفاوضة.

(٤٢٩) قال: ولو كفل رجل بمال إلى أجل ، وهو مفاوض ثمّ افترقا أو مات شريكه فإنّه يلزم شريكه في قول أبي حنيفة رحمه الله ، لأنّ الكفالة عنده بمنزلة الشراء ، ولو اشترى أحدهما شيئاً بثمن مؤجّل بعد المفاوضة ثمّ حلّ الأجل بعد ما افترقا أو مات شريكه فإنّه يؤاخذ به صاحبه لأنّ هذا الدين وجب بسبب كان داخلاً تحت المفاوضة ، وعلى قولهما الكفالة غير داخلة تحت المفاوضة.

(٤٣٠) قال: ولو أداها الشريك المفاوض قبل أن يتفرقا أو بعد الفرقة كان له أن يرجع على الذي أمر شريكه بالكفالة عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعلى قولهما لا يكون للذي لم يكفل أن يرجع على الذي أمر شريكه بالكفالة، لأنّها غير داخلة تحت المفاوضة وما لم يدخل تحت المفاوضة لا يجعل فعل أحدهما كفعل الآخر ، فإن مات المفاوض الذي لم يكفل قبل الأجل فإنّ الأجل يحلّ في حقّ الميّت ويبقى في حقّ الآخر، لأنّ الأجل يثبت في حقّهما ، كما لو اشترى بثمن مؤجل ثمّ مات أحدهما حلّ الأجل في حقّ الميّت وبقي في

حقّ الآخر فكذا هذا وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعلى قولهما لم يجب على غير الكفيل ، لأنّه لا يتصوّر حلول الأجل بموته.

(٤٣١) قال: وإذا كفل الرجل بنفس أو بمال وله شريك في تجارة شركة عنان أو مضاربة ، فإنّه لا يلزم شريكه شيء سواء كفل بالمال أو بالنفس ، لأنّ الكفالة بالمال والنفس لا تدخل تحت العنان ، والمضاربة عندهم جميعاً.

[الصلح في الكفالة]

(٤٣٢) قال: وإذا كان لرجل على رجل كرّ حنطة سلم ، وبه كفل فصالح الكفيل الطالب على رأس المال توقّف هذا الصلح على إجازة المطلوب في قول أبي حنيفة ومحمّد رحمهما الله إن أجاز جاز ، وكان حق الطالب في رأس المال ، وإن لم يجز بطل الصلح وكان حقه في السلم ، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله الصلح جائز أجاز أو لم يجز ، وكان حق الطالب قبل الكفيل في رأس المال ، وحقّ الكفيل قبل المطلوب في السلم ، وكان الجواب عند أبي يوسف رحمه الله في الكفيل إذا صالح على رأس المال مع الطالب كالجواب في سائر الديون ، إن صالح الكفيل مع الطالب عن الدين على أيّ بدل كان فالجواب ثمّة أنّ صلح الكفيل جائز أجاز المطلوب الصلح أو لم يُجز ، وكان حقّ الطالب في بدل الصلح ، وحقّ الكفيل قبل المطلوب في الدين ، فكذلك هذا.

(٤٣٣) قال: وإذا كان لرجل على الرجل كرّ حنطة بالسلم ، وبه كفيل فأدّى الكفيل إلى الطالب فإنّه يرجع به على المكفول عنه ، لأنّ الكفالة كانت بأمر المكفول عنه والكفالة متى كانت بأمر المكفول

عنه فأدّى الكفيل كان للكفيل أن يرجع بما أدّى على المكفول عنه كما في غيرها من الديون سوى السلم.

(٤٣٤) قال: وإن صالحه على دراهم مثل رأس المال أو أكثر أو على ثياب أو عروض أو حيوان يداً بيد أو على شيء ممّا يكال أو يوزن فإنّ ذلك جائز ماخلا الطعام فإنه يجوز يداً بيد ونسيئة وقد جوز الاستدلال فيما بين الكفيل والمكفول عنه على أي بدل كان قبل الأداء وبعد الأداء، لأنّ ما وجب للكفيل على المكفول عنه دين وجب لا بعقد صرف ولا سلم، لأنه وجب بالكفالة والكفالة ليست بعقد صرف ولا سلم، ولهذا لم يشترط قبض ما وجب بالكفالة في المجلس، فأشبه من هذا الوجه الثمن والأجرة، وكما يجوز الاستبدال في الأجرة والثمن جاز الاستبدال بما وجب للكفيل على المكفول عنه بالكفالة.

(٤٣٥) قال: وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم فكفل عنه بها رجل بأمره ثمّ إنّ الكفيل صالح الطالب على مائة درهم على أن يهب تسعمائة للكفيل كان للكفيل أن يرجع بالألف كلها على الذي عليه الأصل، فرق بين هذا وبين ما إذا صالحه على مائة على أن إبراء الكفيل عن تسعمائة فالكفيل لا يرجع على المطلوب إلا بمائة، وهذا لأنا نعتبر إبراء البعض، وهبة البعض بإبراء الكلّ وهبة الكلّ، ولو وهب للكفيل جميع الدين يرجع على المطلوب بجميع الدين فكذا، إذا وهب منه البعض، ولو أبرأه عن جميع الدين لا يرجع على المطلوب بشيء فكذلك هذا، وإنّما كان كذلك في هبة الكلّ وإبراء الكلّ، لأنّ الهبة في موضوعها التمليك، والإبراء في موضوعه الإسقاط،

وحالة التمليك يعتبر المال واجباً في ذمة الكفيل حتى يملك ما في ذمته لا ما في ذمة غيره ، لأن تمليك الدين لا يجوز ، وإذا اعتبرنا المال واجباً في ذمته حالة التمليك كانت الهبة من الكفيل والهبة من المطلوب سواء ، وأمّا الإبراء في أصله الإسقاط فيكفي لصحّة الإسقاط أن نعتبر الواجب في ذمّته بمجرّد المطالبة لا المال، فإذا اعتبرنا الواجب مجرّد المطالبة حالة الإبراء لم يكن الإبراء منه تمليكاً ، ولهذا لا يرتدّ بردّه كالطلاق والعتاق ، وإذا لم يملك ما في ذمّته بالإبراء وملك بالهبة يرجع في الهبة ولم يرجع في الإبراء.

(٤٣٦) قال: ولو أنّ الكفيل صالح الطالب على عشرة دنانير من جميع الألف كان للكفيل أن يرجع على الذي عليه الأصل بألف درهم، بخلاف ما لو صالح من الألف على مائة لأنّ المائة لا تصلح بدلاً عن الألف فكان مبرءاً عن تسعمائة ، وبالإبراء لا يملك الكفيل شيئاً ، وأما عشرة دنانير يصلح بدلاً عن جميع الألف فيعتبر مفاوضة ومبادلة بمال ، فيملك جميع ما في ذمته بأداء عشرة دنانير ، فيعتبر بما لو ملك ما في ذمّته بأداء الألف ، ولو أدى ألف درهم رجع على المطلوب بذلك فكذلك هذا قال: ولو كان مع هذا الكفيل آخر ، وكل واحد منهما كفيل ضامن عن صاحبه كان للذي صالح أن يرجع على الكفيل الذي حقه بنصف ذلك ، لأن المصالح ملك جميع ما في ذمته بهذا الصلح فكان بمنزلة ما لو ملك بالأداء ، ولو ملك بالأداء رجع عليه بالنصف فكذلك هذا.

[رجوع المؤدي من الكفيلين بما دفع]

(٤٣٧) قال: ولو أن كفيلين كفلا رجلاً بألف درهم ، وكل أحد منهما كفيل ضامن عن صاحبه وأدّى أحدهما إلى الطالب جميع الألف ، كان المؤدّي بالخيار إن شاء رجع على المطلوب بجميع الألف ، لأنّه أدّى عنه ألف درهم ، وإن شاء رجع على شريكه بالنصف لأنّه أدّى عنه خمسمائة بحكم الكفالة عنه ، فإذا اختار المؤدّي اتباع شريكه الذي لم يؤدّ خمسمائة ثمّ صالح معه على مائة على أن إبراءه من أربعمائة خاصة كان ذلك جائزاً ، لأنّ المؤدّي استوجب الرجوع على الذي لم يؤدّ بخمسمائة إلى الطالب ، فإذا صالحه من ذلك على مائة والمائة لا تصلح بدلاً عن خمسمائة فقد أبرأه عن البعض ، واستوفى منه البعض فيبرأ الذي لم يؤدّ عن أربعمائة فلا يبرأ المطلوب لأنّه شرط براءته خاصّة، وأنّه كفل ، وبراءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل ، وإذا لم يبرأ المطلوب عن الألف كان للمؤدّي أن يرجع عليه بالألف إلاّ أنّه أخذ من الذي لم يؤدّ مائة فكان للمؤدّي الرجوع على المطلوب بتسعمائة وثبت للّذي أدّى المائة على المطلوب الرجوع بمائة درهم ، كل واحد منهما استوجب ديناً على المطلوب بسبب واحد و هو الكفالة ، فما خرج يكون مشتركاً بينهما ، فيقسم بينهما على مقدار حقهما ، و حق المؤدي في تسعمائة ، وحق الذي لم يؤد في مائة فما خرج يقسم بينهما على عشرة أسهم ، تسعة أسهم للمؤدي وسهم للمصالح.

النوع الخامس

فيما ينبغي للقاضي أن يأمر المدعى عليه بإعطاء الكفيل

(٤٣٨) قال ابن سماعة عن محمد رحمه الله: إذا تقدم[1] الخصمان إلى القاضي و ادعى أحدهما على صاحبه مالاً أو عقاراً ، أو كانت امرأة ادعت طلاقها على زوجها ، أو عبداً ادعى عتقاً على مولاه ، وجحد المدعى عليه حق المدعي ، و طلب المدعي من القاضي أن يأخذ له كفيلاً بنفس المدعى عليه فللقاضي أن يسأل المدعي أولاً ، ألك بينة أم لا؟ فإن قال: لا بينة لي لا يجبره على إعطاء الكفيل بنفس المدعى عليه، لأن الجبر على إعطاء الكفيل بنفس المدعى عليه إنما يثبت ليتمكن المدعي من إثبات حقه على المدعى عليه و لإثبات حقه طريقان ، إما البينة أو اليمين ، وإنه ربما ينكل فيثبت حقه ، فإذا قال: لا بينة لي لم يبق له طريق لإثبات حقه إلا اليمين ، فلا معنى لأخذ

١- انظر: شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٢/٢٧٧-٢٧٨ نصه : و قال أبو حنيفة وأصحابنا رحمهم الله : إذا تقدم رجل إلى القاضي و معه رجل يدعي عليه حقاً و سأل أن يأخذ منه كفيلاً و قال:لي بينة حاضرة في المصر فإن القاضي يأخذ له منه كفيلاً ... و روى عن محمد رحمه الله أنه قال: إذا كان المدعى عليه معروفاً .... و لايجبر على إعطاء الكفيل ... إلى أن قال : و كذا إذا ادعت المرأة طلاقاً أو الأمة عتاقاً .

وفي خلاصة الفتاوى ٤/١٦٩ و في الفتاوى الصغرى في كتاب القاضي يجبر المدعى عليه بإعطاء الكفيل بمجرد الدعوى سواء كان المدعى عليه معروفاً أو لم يكن معروفاً و عن محمد أنه لا يأخذ إن كان معروفاً.

الكفيل، لأنه يمكنه استحلافه للحال ، وفي أخذ الكفيل نوع تعذيب للمدعى عليه من غير ضرورة.

إن قال: لي بينة حينئذ يجبر أم لا ؟

وإن قال المدعي : لي بينة ، سأله : أ حضور أم غيب؟ فإن قال: حضور، فالقياس أن لا يجبره على إعطاء الكفيل بنفسه ، و في الاستحسان[1] يجبره على أن يعطي كفيلاً بنفسه ثلاثة أيام عند أبي حنيفة ، وذكر شيخ الإسلام عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أنهما قالا: لا يجعل له أجلاً معلوماً ، بل يجعل له أجلاً مبهماً على قدر جلوس القاضي مرة أخرى .

(٤٣٩) و ذكر الصدر الشهيد رحمه الله عن الخصاف[2] عن أبي يوسف رحمهم الله أنه قال: يأخذ إلى جلوس القاضي مجلساً آخر ، حتى إذا كان يجلس في كل سبعة أيام مرة يأخذ الكفيل إلى سبعة أيام ، و إذا كان يجلس في كل خمسة عشر يوماً مرة أخذ منه كفيلاً إلى خمسة عشر يوماً فإن أحضر بينته ، و إلا رفع الكفيل الأمر إلى القاضي حتى يبرئه ، وهذا القول حسن و رفيق بالناس في الزمن الأول ، وذكر الصدر الشهيد رحمه الله الصحيح أنه يأخذ إلى ثلاثة أيام وهو أرفق بالناس في زماننا ، لأن قضاة زماننا

---

١ - انظر : شرح أدب القاضي ٢٧٨/٢ ، خلاصة الفتاوى ١٧٠/٤ ، الهندية ٥٩/٣ ، البدائع ٨/٦، و في الخلاف أنه اذا امتنع من إعطاء الكفيل عند الطلب هل يجبره القاضي عليه ، قال أبو حنيفة: لا يجبره و قال أبو يوسف و محمد: يجبره .

٢ - انظر : شرح أدب القاضي ٢٧٨/٢ .

يجلسون في كل يوم مرة أو مرتين، وذكـــر شــيخ الإســـلام رحمـــه الله في المبسوط[1]: إن اختلافهما في هذا التأجيل ليس باختلاف حجة و برهان و إنما هو اختلاف عصر وزمان، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يرى حكام زمانه أنهم يجلسون في ثلاثة أيام فقدر بالثلاث على ما شاهد من الحال في زمانه ، و كان في زمن أبي يوسف ومحمد رحمه الله مدة جلوس القضاة كـــانت مختلفـــة ، فلهذا لم يوقتا أجلاً معلوماً.

(٤٤٠) و روي أن أبا يوسف رحمه الله كان يجلس في كل شهر مـرة ثم جعل يجلس في كل شهر ثلاثة أيام ، و لافرق في ظاهر الرواية فيما إذا كـــان المدعى عليه معروفاً أو لم يكن و المدعى به خطيراً أو حقـــيراً ، وروي عـــن محمـــد رحمه الله[2] أنه قال: إن كان معـــروفاً فالظاهر من حاله أن لا يخفـــي نفســـه فلا يجبره على إعطـــاء الكفيل لكن إن أعطى مختـــاراً يؤخذ منـــه ، وكذلك إن كان المدعىٰ به حقيراً ، هذا إذا قال: بينتي حضور ، أما إذا قـــال:

---

١ - لم أجد هذه العبارة ، انظر : خلاصة الفتـــاوى ١٧٠/٤ ، نصـــه : و في بعـــض الروايات إلى آخر المجلس و بعضها إلى ثلاثة أيام و لو لم يجلس القـــاضي في كـــل خمسة عشر يوماً إلا مرة واحدة يأخذ الكفيل إلى ذلك الوقت .

٢ - انظر: شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٢٧٧/٢ ، نصه : و روي عن محمد رحمه الله أنه قال: إذا كان المدعى عليه معروفاً فالظاهر من حاله أنه لايخفي نفسه لذلـــك القدر و لايجبر على إعطاء الكفيل ، لكن إن أعطى الكفيل مختاراً يؤخذ بـــه ، و في الخلاصة : و عن محمد رحمه الله أنه لا يأخذ إن كان معروفاً (خلاصـــة الفتـــاوى ١٦٩/٤) و في البزازية : و عن محمد رحمه الله تعالى أنه إذا كان معروفاً لايطـــالب بالكفيل (البزازية على هامش الهندية ٢٣/٦) .

بينتي غيب فإنه لايجبر على إعطاء الكفيل ، ثم قالوا: هذا التأجيل ليس لتوسعة الكفيل ، لأنا لو جعلنا التأجيل ههنا لتوسعة الكفيل كما في سائر الكفالات يبرأ عن الكفالة بالتسليم من غير طلبه ، ولكن جعلنا التأجيل ههنا لتوسعة المدعي ليتمكن المدعي من طلب الشهود و إحضارهم مجلس الحكم في المدة الثانية ، و لهذا يؤجله القاضي من غير طلبه ، و إذا كان هذا التأجيل لتوسعة المدعي ، فإن سلم الكفيل المطلوب إلى الطالب من غير طلبه فله أن لا يقبل بخلاف سائر الكفالات ، هذا إذا تقدم من المدعى عليه الجحود ، أما إذا لم يتقدم منه جحود بأن سكت لم يقر و لم ينكر فإن القاضي يقول للمدعي: ألك بينة؟ فإن قال المدعي: لم يكن لي بينة حاضرة وطلبه يمينه فإن القاضي يحلّفه فإن حلف برئ ، وإن عرض عليه اليمين و لم يحلف قضى عليه بالنكول ، هكذا ذكر في ظاهر الرواية، وجعل السكوت بمنزلة الجحود في حق سماع البينة، لأنه لما سكت لم يثبت حق المدعي بإقرار المدعى عليه ، لأنا لانجعل سكوته إقراراً منه ، وإن كان من الجائز أنه إنما سكت لأن المال عليه، لكنه إلى أجل، فلم يقر لأنه متى أقر مؤجلاً كما هو عليه لم يصدق في دعوى الأجل إلا ببينة ، وربما لا يكون له بينة فيؤخذ منه للحال، ولايمكنه أن يجحد لأنه متى جحد يكون كاذباً في الجحود فسكوته عن الجحود يحتمل هذا، ويحتمل أنه إنما سكت لأنه عرفه كاذباً في الدعوى، والكذب لغو، وجواب اللغو السكوت، قال الله تعالى: ﴿ وَإِذَا مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا كِرَامًا ﴾ ، وإذا ثبت كلا الأمرين يثبت أقلهما والأقل إنما هو الجحود فيجعل السكوت إنكاراً على ظاهر الرواية في حق سماع البينة، وإن كان إنكاراً على ظاهر الرواية كان الجواب فيه كالجواب فيما إذا جحد نصاً ، وروي عن أبي حنيفة رحمه الله في غير رواية الأصول أنه لا يحلف إذا سكت، ففي هذه الرواية إذا عرض عليه اليمين ثلاث مرات

فلم يحلف لا يقضى عليه بالنكول، لأن الحلف لم يصر حينئذ حقـــاً للمدعـي علىهذه الرواية، لأن السكوت محتمل بين الإقرار و الجحود، فعلى قياس هـذه الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله يجب أن لا يسمع هذه البينة ، وإذالم يسمع منه ولايستحلف على ما روي عن أبي حنيفة رحمه الله ماذا يصنع بالمدعى عليـه ؟ ذكر شيخ الإسلام في المبسوط عن الفقيه أبي جعفر رحمه الله أنه قال[1]: زأيت عن أبي حنيفة رحمه الله رواية ، أنه يحبس حتى يجحد فيحلف أو يقـر كيـلا يبطل حق المدعي ، وهذا كما قال أبو حنيفة رحمه الله في القصاص: أنـه إذا نكل يحبس حتى يقر أو يحلف .

(٤٤١) و ذكر شيخ الاسلام رحمة الله عليـه: إن هـهنا مسـألتين لم يذكرهما محمد رحمـه الله ، إحداهمـا أنـه مـتى قـال الطـالب: لي بينـة ولكن حلفه فإن حلف فحينئذ أقيم عليه البينة هل يجيبه القاضي إلى ذلـك أم لا ؟ فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله لا يجيبه ، وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمـهما الله يجيبه ، ومسألة أخرى أن رجلاً ادعى على آخر مالاً والمدعى عليه يعلم أن المال عليه ولكن إلى أجل فيخاف أنه متى أقر بالمال مؤجلاً يؤخـذ بـإقراره ويكلف بإقامة البينة على الأجل ، ولايجد بينة فيؤخذ منه المال حالاً ، ولايمكنه أن يجحد حتى لا يصير كاذباً في الجحود ، فإن الحيلة له أن يقول للمدعي: هذا

---

١ – انظر : المبسوط ١٧/١٦ ، نصه : و لهذا قال أبو حنيفة رحمه الله: إذا امتنـع عـن اليمين في دعوى النفس حبس حتى يحلف أو يقر ، وفيما دون النفـس يسـتحلف للقضاء بالنكول ، راجع للتفصيل لسان الحكام ٢٢٦-٢٢٧ الفصل الثاني في أنـواع الدعاوي و البينات .

المال لك علي مؤجلاً أو معجلاً ؟ فإن قال: هو مؤجل فقد حصل المـــرام وإن قال: معجل يقول المدعى عليه: ليس لك علي مال معجل فينكر ويكون صادقاً في مقالته ، قال ابن سماعة رحمه الله: ينبغي للقاضي أن يأخذ من المدعى عليـــه كفيلاً لنفسه ، ووكيلاً في خصومته ، وكفيلاً بنفس المدعى به إن كان منقـولاً لأن حضرة المدعى به شرط صحة القضاء كما كان حضرة المدعى عليه، و لما تعذر القضاء حال غيبته مست الحاجة إلى التوثق بالتكفيل حتى لايبطل حـــق المدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه ، لأن القاضي نصب ناظراً لكل مـن عجز عن النظر بنفسه لا يبصر المدعى ولا يعرف ما هو سبب بطلان حقه .

(٤٤٢) ثم ذكر في مسألة أخرى ينبغي للقاضي أن لايكلفـــه بإعطـــاء الكفيل بدون طلبه ، و ذكر صاحب الأقضية[1] أن هذا الاختلاف إنما كـــان باختلاف الموضوع ، إن كان المدعي عالماً بذلك لا يكلفه بدون طلبــه ، و إن كان جاهلاً أرشده إلى ذلك وكلفه بإعطاء الكفيل ، ثم يأخذ منه وكيلاً لأنــه عسى يغيب ولايقدر الكفيل على إحضاره فلو لم يأخذ منه وكيلاً بالخصومـــة تعذر القضاء بالبينة فيتوثق بأخذ الكفيل والوكيل ، فيحصل بالتوكيل زيـــادة استيثاق في جانب الإثبات ، وإن لم يحصل في جانب الاســتيفاء و القــاضي نصب ناظراً لتوثيق حقوق الناس ما أمكن ، ولكن لايجبره على التوكيل مـــتى

١- انظر: خلاصة الفتاوى ١٧٠/٤ ، و في دعوى المنقول أخذ كفيلاً بذلك الشيء أيضاً و في دعوى العقار لا حاجة إلى الكفالة بالعقار ، فإن أعطى كفيـــلاً بـــالمنقول و يقول: أنا أوكل رجلاً بالخصومة مجيزاً على ما قضى به عليه فالقاضي يقبل ذلك منـه و لايكلفه أن يعطى كفيلاً بنفسه لكن يأخذ الكفيل من الوكيل بنفسه.

أبى ، لأن إثبات الحق ممكن من غير توكيل ، ولأن الوكيل ربما يقبل ما ليس بحجة فيسامح ويساهل ما لايفعل المدعى عليه بنفسه ، فكان الجبر على التوكيل إضراراً به من هذا الوجه وإنه لا يجوز ، و لهذا لم يجوز أبو حنيفة رحمه الله التوكيل من غير رضا الخصم لتفاوت الناس في وجوه الخصومات فلأن لايجبر على التوكيل أولى .

(٤٤٣) قال: وإذا كفل رجل واحد بالمدعى به وبالمطلوب فهو جائز ولا يكلف المدعى عليه أكثر من ذلك ، لأن الوثيقة بهما تحصل.

(٤٤٤) قال: فإن أعطاه كفيلاً بنفسه أو المدعى به و أبى المدعي أن يقبل و قال: إن الكفيل غير ثقة ، فللقاضي أن يأخذ كفيلاً ثقة ، والثقة من كان معروف الجار و الحانوت بحيث لايمكنه التواري عادة ، أما من لم يكن له حانوت معروف أو دار معروفة و يسكن بيتاً أو حجرة بكراء فهو ليس بثقة لأنه يسهل عليه التواري عادة .

(٤٤٥) قال: و إن أعطاه كفيلاً بنفسه ثلاثة أيام و تغيب الطالب فإن الكفيل على كفالته حتى يرجع صاحبه إلا أن يكون مشروطاً في الكفالة أنه متى تغيب الطالب بعد مضي ثلاثة أيام فإنه برئ عن الكفالة فحينئذ يبرأ ، أما إذا لم يكن البراءة مشروطاً في الكفالة فإنه لايبرأ هذا إذا أخذ الطالب الكفالة بنفسه ، أما إذا لم يأخذ بنفسه ، ولكن أمر القاضي أو رسوله حتى يأخذ له كفيلاً بنفسه و أخذ له كفيلاً بنفسه ثم إن الكفيل سلم المكفول به إلى الطالب أو إلى رسول القاضي هل يبرأ هذا على وجهين : إما أن أضاف رسول القاضي الكفالة إلى

الطالب بأن قال: أعط كفيلاً بنفسك للطالب أو قال: أعطي كفيلاً ، ولم يقل للطالب ، فإن أضاف الكفالة إلى الطالب يبرأ إن سلم المكفول به إلى الطالب، ولايبرأ إذا سلم إلى رسول القاضي، وإن كان أضاف الكفالة إلى نفسه برأ إذا سلم المكفول به إلى رسول القاضي ولايبرأ إذا سلم المكفول به إلى الطالب ، لأن رسول القاضي إنما يأخذ هذه الكفالة بحكم الوكالة عن الطالب إما نصاً أو عرفاً ، ألاترى! أن الطالب إذا أبى أن يأخذ الكفيل لايكون لرسول القاضي أن يأخذ كفيلاً ، و إذا كان ما يفعل القاضي أو رسوله بحكم النيابة عن الغير فهو وغير القاضي سواء ، فلو كان غير القاضي وغير رسوله سواء كان الجواب على هذا التفصيل.

إن أضاف الكفالة إلى الموكل كان رسولاً فلا يرجع إليه حقوق العقد ، وإن أضاف إلى نفسه كانت حقوق العقد له لا للموكل بخلاف ما إذا باع القاضي أو أمينه مال الغائب أو الصغير فإنه لايرجع إليه حقوق البيع ، وإن أضاف البيع إلى نفسه لأن القاضي إنما ملك البيع بولاية القضاء ، أما ههنا إنما يأخذ الكفالة بحكم النيابة لا بولاية القضاء فيكون القاضي في ذلك و غيره سواء .

(٤٤٦) قال : وإذا ادعى رجل قبل رجل دعوى والمدعى عليه محبوس في حق رجل ، فأراد الطالب أن يخرجه من السجن حتى يخاصمه فللقاضي أن يخرجه ، لأن القاضي نصب لإيصال الحق إلى أربابه، ومتى أخرجه من السجن

أمكن للمدعي إثبات حقه عليه من غير أن يبطل حق الأول ، فإن طلب المدعي كفيلاً بنفسه وقال: لي بينة حاضرة، فإنه لا يؤخذ الكفيل بنفسه ، لأن الكفيل بالنفس إنما يؤخذ لاستحضاره وقت إقامة البينة ، واستحضاره وقت إقامة البينة ممكن إذا كان في سجن القاضي من غير كفيل ، فلا معنى لأخذ الكفيل ، فإن قال صاحب الحق الذي حبسه في السجن: خذ لي كفيلاً بنفسه وبما عليه كيلا يفر ، فإن القاضي لايجيبه إلى ذلك لأنه يقول في يدي أحبسه فلا معنى لأخذ الكفيل .

(٤٤٧) قال: و إذا كان المدعى به منقولاً ، وطلب المدعي أن يوضع على يدي عدل و لم يكتف بأخذ الكفيل منه هل يجيبه القاضي إلى ذلك ، قال: إن كان المدعى عليه ثقة عدلاً فإن القاضي لا يضعه على يدي عدل ، ويكتفي بأخذ الكفيل بنفسه وبالمدعى به لأن في ذلك إزالة يده بمجرد الوهم ، و ذلك لا يجوز، وإن كان المدعى عليه فاسقاً يضعه على يدي عدل ، لأن التغيب ثابت بدليله ، لأنه لما لم يجتنب عن ارتكاب المحظورات التي هي نظير التغيب في الحرمة فالظاهر أن لايجتنب من التغيب فيكون التغيب ثابتاً بنوع دليل لا بمجرد الوهم ، فلا يكتفي بأخذ الكفيل ، وإن كان في ذلك إزالة يده قبل ثبوت الحق، لأن في وضعه على يدي عدل يفوت حق الإثبات على المدعي من كل وجه ، لأن الشهود لا يشهدون بذلك مع غيبته ، لأنهم لايعرفونه فيفوت حق المدعي أصلاً ، فكان إزالة يده من وجه حتى لايفوت حق المدعي أصلاً أولى.

(٤٤٨) قال: وإن كان المدعى به شيئاً خسيساً فإنه لايوضع على يدي عدل و يكتفى بأخذ الكفيل به ، وإن كان المدعى عليه فاسقاً ، لأن التغيب غير ثابت في العرف والعادة لخساسته ، وإن كان أرضاً فيها شجر وثمر فلابد

من أن يوضع على يدي عدل إذا خيف المطلوب على استهلاكه ، لأن الثمر نقلي وفي النقلي متى خيف الاستهلاك من المطلوب أن يوضع على يدي عدل بنفس الدعوى من غير إقامة البينة إذا كان فاسقاً.

(٤٤٩) قال: وكل دعوى يدعيها الرجل قبل صاحبه من دراهم أو دنانير أو حنطة أو شعير أو شيء مما يكال أو يوزن ديناً عليه أو كان المدعى به العقار فإنه لايؤخذ منه كفيل بالمدعى به متى كان ديناً أو عقاراً فإنه لايحتاج إلى إحضاره مجلس الحكم لإقامة البينة ، لأن الدين يعرف بالوصف ، والعقار بالتحديد ، ولما لم يحتج إلى إحضار المدعى به لإقامة البينة لا معنى لأخذ الكفيل به ، أما إذا وقع الدعوى في شيء بعينه و هو نقلي ، وطلب المدعي أخذ الكفيل من المدعى عليه قالوا: ينظر إن كان المدعى به شيئاً يتهيأ للشهود الشهادة به حال غيبته بأن كان مثلياً لايجبر المدعى عليه على إعطاء الكفيل بالمدعى به لأن إحضاره مجلس الحكم ، للإشارة إليه وقت الدعوى ، والشهادة ليست شرطاً لقبول الشهادة.

وإن كان شيئاً لا يتهيأ للشهود به حال غيبته بأن لم يكن مثلياً كالحيوان والعروض فإنّ المدعى عليه يجبر على إعطاء الكفيل بالمدعى به وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله أنّه قال: إنّما يجبر على إعطاء الكفيل بالمدّعى به وبنفس المدعى عليه إذا كان القاضي يتهم المدعى عليه على تغييب نفسه والمدعى به ، أمّا إذا كان لا يتهمه بأن كان رجلاً موثوقاً به لا يجبر على إعطاء الكفيل لا بنفسه ولا بالمدعى به.

(٤٥٠) قال: وإن قال المطلوب: ليس لي كفيل ، فالقول قوله مع يمينه لأنّه متمسّك بما هو الأصل ، لأنّ العجز عن وجود الكفيل أصل ، والقدرة على وجوده عارض ، وإذا كان القول قوله مع يمينه لا يجبر على إعطاء الكفيل ، وليس للقاضي أن يحبسه ، لأنّ أقصى العقوبات في باب المال بعد ثبوت الحقّ إنّما هو الحبس فلا يجوز له أن يعاقبه قبل ثبوت الحقّ بما يعاقبه بعد ثبوت الحقّ ولكن يأمره بالملازمة، وقد ذكرنا تفسير الملازمة فلا نعيده بخلاف الحدود ، لأنّ أقصى العقوبات بعد ثبوت الحقّ إنّما هو الجلد أو الرجم أو القطع ، فجاز أن يعاقبه بما هو دونها قبل ثبوت الحقّ.

(٤٥١) وذكر شيخ الإسلام رحمه الله في المبسوط[1] أنّ من القضاة المتأخرين من أوجب الحبس إذا قال المدعي: بينتي حاضرة لأنّ الطالب ربّما لا يمكنه أن يلازم المطلوب لحاجته إلى طلب الشهود وإحضارهم ، ولم يمكنه أخذ الكفيل من المطلوب ، وإذا قال: ليس لي كفيل ، فلو لم يحبسه القاضي لم يقدر الطالب على إحضاره لإقامة البيّنة عليه فقد لوى حقّه فيحبس على وجه النظر للمدعي فإن أعطاه كفيلاً بنفسه وأبى المدعي أن يقبل وقال: إن الكفيل غير ثقة فللقاضي أن يأخذ منه كفيلاً بنفسه وقد ذكرنا تفسير الثقة ، وإن قال المطلوب: إني مسافر لا يجبر على إعطاء الكفيل إذا علم القاضي أنّه كذلك لكن يؤجّله إلى وقت قيامه بمجلس الحكم ، فإن أتى المدعي ببيّنة وإلا خلّى

١- انظر: شرح أدب القاضي ٢٧٢/٢ ، نصّه: وجه الاستحسان أنّ في أخذ الكفيل نظراً للمدعي ، فإنّه متى أحضر بينة ربّما يخفي المدعى عليه نفسه، فلا يقدر هو على إثبات حقّه بالبينة وليس فيه كبير ضرر بالمدعى عليه ، فيصار إلى الكفيل.

سبيله ، لأنّ بهذا القدر لا يتضرّر كثير ضرر ، ولا ينقطع عن الرفقة ، وإن قال المطلوب: أنا مسافر ، وأنكر الطالب كونه مسافراً تكلّموا فيه، قال بعضهم: القول قول المدعي ، لأنه متمسك بالأصل وهو الإقامة في موضع الإقامة وهو المصر ، وقال بعضهم ، ينظر إلى زيه وثيابه ، وقال بعضهم: يسأله القاضي مع من يريد السفر ، فإن أخبره بذلك فالقاضي يبث إلى الرفقة أميناً من أمنائه ليسألهم أن فلاناً هل استعدّ للخروج ، فإن قالوا: نعم يثبت كونه مسافراً ، وهكذا قال مشائخنا رحمهم الله في المستأجر إذا أراد فسخ الإجارة بعذر السفر، وتمام هذه المسائل يعرف في الباب الخامس من شرح أدب القاضي.

(٤٥٢) قال: وإذا ادعى رجل قصاصاً[1] قبل رجل آخر في النفس أو فيما دون النفس أو حدّ القذف ، وأنكر المدعى عليه ، وقال المدعي: لي بيّنة حاضرة ، وطلب من القاضي أن يأخذ له كفيلاً بنفسه ، فإنّ القاضي لا يجبره على إعطاء الكفيل عند أبي حنيفة رحمه الله ، وهو قول أبي يوسف رحمه الله الأول ، ولكن لو أعطى جاز ، ويلازمه إلى أن يقوم القاضي من مجلسه فإن أحضر بيّنة وإلا خلّى سبيله ، وعلى قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمّد رحمهما الله يجبره على إعطاء الكفيل ولا يلازمه كما في دعوى المال ، وقد ذكرنا هذه المسألة فلا نعيد ذكرها.

١- انظر: شرح أدب القاضي ٢٨١/٢ ، نصّه: وإن ادعى الطالب على المطلوب حدّا في قذف أو دماً في قصاص أو جراحة فيها قصاص ، فقال : لي بيّنة حاضرة ، وطلب كفيلاً من المطلوب ، يجبر المطلوب على إعطاء الكفيل...وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا يجبر ، لكن إذا أعطاه جاز.

(٤٥٣) قال: ثمّ إذا لم يكفله على قول أبي يوسف رحمه الله الأول يلازمه إلى وقت قيام شهوده ، لأنّ الشهود لو كانوا حضوراً في مجلس الحكم فإنّه يلازمه حتّى يقيم البيّنة ، وكذا إذا كانوا في المصر لأنّ المصر كلّه جعل كمكان واحد ، هذا إذا ادعى ولم يقم بيّنة، أمّا إذا أقام البيّنة على ذلك ولا يعرف القاضي عدالتهما أو شهد شاهد واحد يعرف القاضي عدالته ، وقال: لي شاهد آخر في المصر فطلب من القاضي أن يأخذ له كفيلاً بنفسه.

لا شك أنّ على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يأخذ منه كفيلاً بنفسه لأنّ أبا حنيفة رحمه الله ألحق القصاص وحدّ القذف في حقّ أخذ الكفيل بالحدود الخالصة لله تعالى ، حتّى قال: لا يؤخذ الكفيل قبل إقامة البيّنة فكذا بعد إقامة البيّنة ، ولأنّ القاضي يحبسه إذا شهد عنده شاهدان لا يعرف عدالتهما أو شاهد عدل بالقصاص ، وحدّ القذف لأنه يثبت تهمة القذف والقتل ، لأن أحد شطري الشهادة وهوالعدالة قد تمّ ، ولو تمّ العدد وانعدمت العدالة يثبت التهمة حتّى وجب الحبس فكذا إذا تمّت العدالة وانعدم العدد وبتهمة القذف يحبس، وإذا حبس استغنى عن أخذ الكفيل ، وأمّا على قول أبي يوسف ومحمّد رحمهما الله قد اختلف الروايات ، ذكر في بعض روايات المبسوط[1] يكفله ولا يحبسه ، وذكر في بعض الروايات يحبسه ولايكفله ،

١- انظر: المبسوط ١٠٣/٢٠ -١٠٤ ، نصّه : ولو ادعى قبل رجل قصاصاً في نفس أو دونها أو حداً في قذف وسأل القاضي أن يأخذ له كفيلاً بنفسه وقال: بينتي حاضرة لم يجبه القاضي إلى ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله ، وفي قول أبي يوسف ومحمد=

ووجه قولهما ظاهر وهو أنّهما ألحقا القصاص وحد القذف بالأموال في حقّ أخذ الكفيل من حيث أنّهما من حقوق الناس فكذا في حقّ الحبس ، وفي الأموال لا يحبس قبل التعديل فكذا هذا ، وإن شهد واحد مجهول لا يعرفه القاضي لا يحبس بالإجماع ، لأنّه انعدم العدد والعدالة ، فصار وجوده وعدمه بمنزلة ، فبقي مجرّد الدعوى ، والحبس لا يثبت بمجرّد الدعوى.

(٤٥٤) قال: وإذا ادعى رجل قبل رجل متاعاً أو مالاً سرقه منه وقال: بينتي حاضرة ، وطلب أخذ الكفيل فإنّه يؤخذ له كفيل عندهم جميعاً لما فيه من دعوى المال لا القطع ، ولو قال: قبضت منه السرقة ، ولكن أريد أن أقيم البيّنة عليه للحد ، وطلب أخذ الكفيل بنفسه فإنّه لا يكفله عندهم جميعاً لأنّه لو كفله ههنا إنّما يكفله لأجل الحد لا لأجل المال ، فإنّه لم يدع مالاً فلا يؤخذ الكفيل في الحدود الخالصة لله تعالى عندهم جميعاً.

=رحمهما الله يجيبه إلى ذلك ، لأنّ تسليم النفس مستحقّ على الأصيل الطالب في هذا الموضع فتصح الكفالة به كما في دعوى المال ، وهذا لأنّ تسليم النفس تجري فيه النيابة فالكفيل إنّما يلتزم ما يقدر على إيفائه ، وأبو حنيفة رحمه الله يقول تسليم النفس هنا لمقصود لا تصحّ الكفالة به وهو الحدّ والقصاص فلا يجبر على إعطاء الكفيل بالنفس فيها بخلاف المال وهذا لأنّ العقوبات تدرأ بالشّبهات ، إلى أن قال: ولو ادّعى قبل رجل مالاً بسرقة منه وقال: بينتي حاضرة ، فإنّه يؤخذ له من كفيل بنفسه ثلاثة أيام.

انظر: شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ٢/٢٨٢.

(٤٥٥) قال: وإن أقام رب السرقة شاهدين على السارق والسرقة بعينها في يده فإنه لا يؤخذ منه لأجل المال ، لأنه وجب حبسه لتهمة السرقة، ومتى حبس استغنى عن أخذ الكفيل ، وإذا حبس يوضع المال على يدي عدل ، لأنّه ربّما يتلفه فيؤدّي إلى تفويت حقّ صاحب المال ، فإنّ عدلت الشهود قطع يده وقضى بالسرقة للطالب إن كانت قائمة ، وإن استهلكها قطع يده ، ولا ضمان عليه.

[الكفالة في الحدود]

(٤٥٦) قال: ولو أن قوماً أخذوا رجلاً مع امرأة فقدّموهما إلى القاضي وقالوا: إنا وجدنا هذا مع هذه المرأة ، وعليهما شهود بالزنا فخذ كفيلاً بأنفسهما فإنّه لا يأخذ كفيلاً عندهم جميعاً ، لأنّه لو كفلهما لأجل الحدّ ، ولا كفالة في الحدود ، ولأن أخذ الكفيل على القاضي إنّما يجب بطلب من له الحقّ ، وههنا وجد الطلب من الأجنبي لأنّ الحقّ في حدّ الزنا للشرع ، ولم يوجد من الشرع الطلب فلا يأخذ الكفيل ، لأنّ النبي ﷺ قال: "لا كفالة في الحدود" ولأنّ الكفالة للتوثيق ومبنى الحدود على الدرء فلا يليق الكفالة بها ، وكذلك الجواب في حدّ شرب الخمر والسكر ، لأنّهما من الحدود الخالصة لله تعالى ، فإن قامت على الزنا أربعة أو على السكر والخمر شاهدان أو في السرقة فإنّه لا يؤخذ الكفيل لما ذكرنا من المعنى ، ولمعنى آخر وهو أنّه وجب حبسه بعد الشهادة بهذه الأسباب ، وإذا حبسه القاضي استغنى عن أخذ الكفيل ، كما في باب المال فكذا هذا ، أمّا إذا شهد على ذلك واحد عدل إن كان في حدّ السكر والخمر فإنّه يحبس ، لأنّ شهادة العدل جعلت حجّة في بعض الأحكام فيثبت بهذه تهمة السرقة وشرب الخمر، وإن لم يثبت

الحقيقة ، وتهمة الفسق، ثمّ لم يشترط السكر في الخمر لأنه يجب الحدّ بشرب قطرة منه ، أمّا فيما عدا الخمر يشترط السكر لأنّ الحدّ لا يجب إلاّ بالسكر، وبما دون السكر لا يصير فاسقاً حتّى يثبت الفسق ، فأمّا الزنا إذا شهد واحد عدل فإنّه يصير قاذفاً فلا يحبس المشهود عليه ، ولكن الشاهد يقام عليه حدّ القذف إلاّ أن يأتي أربعة من الشهود يشهدون على صدق مقالته ، ولو قال الشاهد: عندي أربعة يشهدون عليهما ، فإنّ الشاهد يؤجّل في ذلك إلى قيام القاضي ، وللمقذوف أن يلازمه ، لأنّا نظرنا الشاهد حيث أخّرنا إقامة الحدّ عليه إلى آخر المجلس لما ادّعى المخرج والمخلص، وإن ثبت القذف بشهادته فيجب أن ينظر للمقذوف فيثبت الملازمة كيلا يغيب فيبطل حقّه في الحدّ ، ولو قال الشاهد: إنّ المشهود عليه عبد فالقول قوله وعلى المشهود عليه البيّنة أنّه حرّ لما عرف أنّ الناس أحرار إلاّ في أربع مواضع ، منها الحدّ فإن طلب المقذوف أن يأخذ له كفيلاً من الشاهد حتى يحضر البينة لم يأخذ منه كفيلاً ولكن يحبسه ويؤجل المقذوف أيّاماً، قالوا: يجب أن يكون هذا على قول أبي حنيفة رحمه الله ، أمّا على قول أبي يوسف ومحمّد رحمهما الله يكفله ولا يحبسه لأنّ القذف يثبت بإقراره إلاّ أنّه تأخّر إقامة الحدّ إلى أن يتعرّف عن حال المشهود عليه أنّه حر أو عبد، وكان بمنزلة ما لو ثبت القذف بالبيّنة وتأخّر إقامة الحدّ ليعرف حال المشهود.

[الكفالة في التعزير]

(٤٥٧) قال: وإذا ادعى رجل قبل رجل شتيمة أو أمراً يجب به التعزير ، وأنكر المدعى عليه وأراد أن يأخذ كفيلاً فإنّ القاضي يأخذ له كفيلاً عندهم جميعاً ، أمّا على قولهما فلا إشكال ، لأنّه يؤخذ منه في حدّ القذف ، وإن كان التعظيم فيه لله تعالى حتّى لا يعمل فيه عفوه، فلأن يؤخذ

الكفيل في التعزير ، وأنّه حقّ العبد من كلّ وجه حتّى عمل عفوه أولى ، وأمّا على قول أبي حنيفة رحمه الله[1] يؤخذ الكفيل ، وكان يجب أن لا يؤخذ الكفيل على مذهبه ، لأنّ التعزير خالص حقّ العبد كالقصاص ، وهو لا يرى الكفيل في القصاص ، وجوّز أخذ الكفيل ههنا إلاّ أنا نقول: التعزير وإن كان عقوبة إلاّ أنّه ألحق بالمال حكماً من كلّ وجه ، لأنه من حقوق الناس ، ألا ترى أنّ العفو عامل ويثبت بالشهادة على الشهادة ، وبشهادة النساء مع الرجال ، وبكتاب القاضي إلى القاضي ، وإذا صار ملحقاً بالمال حكماً من كلّ وجه كان الجواب فيه كالجواب في دعوى المال ، وفي دعوى المال يؤخذ الكفيل إذا قال المدّعي: لي بيّنة حاضرة وطلب من القاضي أخذ الكفيل ، فكذلك هذا بخلاف القصاص ، لأنّ القصاص وإن كان من خالص حقّ العباد حتّى يشترط فيه الدعوى ويعمل فيه عفوه إلاّ أنّه لا يثبت بالشهادة على الشهادة ، وبشهادة النساء مع الرجال وبكتاب القاضي إلى القاضي ، فكان ملحقاً بالحدود من هذا الوجه ، وإن كان ملحقاً بالمال من حيث أنّه خالص حقّ العباد ، فوفّر أبو حنيفة رحمه الله على الشبهين حظهما فقال: لشبهه بالحدود لايجب أخذ الكفيل ولشبهه بالمال من وجه لو أعطى جاز ، فأمّا التعزير يلحق بالمال من كلّ وجه وإن أقام المدّعي علىما يوجب

١- انظر: المبسوط ١٠٦/٢٠ ، نصّه: وعند أبي حنيفة رحمه الله في دعوى حدّ القذف لا يجري على إعطاء الكفيل بالنفس قبل إقامة البيّنة ولكن يصار فيه إلىالملازمة إلخ.

راجع: شرح أدب القاضي٢٨٤/٢ ، الكفالة فيما يوجب التعزير.

التعزير شاهدين لا يعرف القاضي عدالتهما أو شاهداً واحداً يعرف القاضي عدالته فإنّه يكفله ولا يحبسه عندهم جميعاً ، لما ذكرنا أنّ التعزير ألحق بالمال حكماً من كلّ وجه لأنّه من حقوق الناس ، وفي دعوى المال بعد إقامة البيّنة قبل التعديل يؤخذ بالكفيل فكذا هذا.

[الكفالة في القذف]

(٤٥٨) قال: ولو ادّعى رجل قذفاً على والده أو والدته لم يؤخذ من واحد منهما كفيل ، لأنّ القذف إن ثبت لم يجب له على واحد من أبويه لا حدّ ولا تعزير وإذا لم يجب له لا حدّ ولا تعزير ولو ثبت القذف لا معنى لأخذ الكفيل.

(٤٥٩) وأمّا العبد إذا ادّعى على مولاه ، أنّه قذف أمّه وهي حرّة مسلمة فإن كانت الأم حيّة وطلبت أخذ الكفيل من المولى فالمسألة على الاختلاف ، لأنّ الأم متى كانت حية يجب الحدّ لو ثبت القذف ، لأنّ أمّه أجنبية من المولى ، وإن كانت أمّه ميتة فإنّه لا يكفله ولا يلازمه، لأنّ القذف لوثبت لا يحدّ ولا يعزّر ، لأنّ الحقّ يجب للعبد بعد موت الأم ولا يعاقب المولى لعبده ، فلا معنى لأخذ الكفيل والملازمة.

(٤٦٠) قال: وإذا ادّعى رجل قبل رجل حدّاً في قذف وأقام عليه شاهدين على شهادة وطلب منه كفيلاً بنفسه فإنّه لا يحبس ولا يؤخذ كفيل

بنفسه في قولهم جميعاً[1] أمّا عند أبي حنيفة رحمه الله لأنّه لا يرى أخذ الكفيل في حدّ القذف ، وأمّا عندهما إنّما يؤخذ الكفيل إذا قال المدّعي: بينتي حاضرة، أمّا إذا قال: بينتي غائبة لا يؤخذ الكفيل كما مرّ في دعوى المال ، وهنا زعم أن بينته غائبة لأنّ شهادة الفروع لا تعمل إلا بعد غيبة الأصول،ولا يحبس أيضاً في قولهم جميعاً ، لأنّ الحبس إنّما يجب عند قيام كمال الحجّة أو بعضها ، ولم يقم ههنا لا بعض الحجّة ولا كلها ، لأن القضاء بشهادة الفروع لا يجوز في الحدود ، ولا يكون شهادة الفروع كل الحجّة ولا بعضها بخلاف ما لو شهد شاهدان لا يعرف القاضي عدالتهما ، لأنّ الحجّة قامت بكمالها حتّى لو قضى القاضي بها قبل التعديل جاز ، وبخلاف ما لو شهد واحد عدل لأنّه قام بعض الحجّة ، وببعض الحجّة إن لم يثبت القذف يثبت تهمة القذف ، وبتهمة القذف يحبس ، أمّا قبل قيام بعض الحجّة أو كلّها لا يثبت تهمة الفسق فلا يجب الحبس.

(٤٦١) قال: وإذا ادعى حرّ قبل عبد قذفاً[2] فأراد أن يأخذ كفيلاً منه بنفسه وبنفس المولى فإنّه لا يؤخذ له كفيل بنفس العبد والمولى في قياس قول

١- انظر: المبسوط ١٠٦/٢٠ ، نصّه: ولو ادعى رجل على رجل حداً في قذف فأقام شاهدين على شهادة شاهدين أو شاهداً وامرأتين لم يكفل و لم يحبس.

٢- انظر: المبسوط ١٠٥/٢٠ ، نصّه: ولو ادّعى حرّ قبل عبد قذفاً فأراد أن يأخذ منه كفيلاً بنفسه أو نفس مولاه ... فإنّ العبد يحبس ويؤخذ له من مولاه كفيل في قول أبي حنيفة رحمه الله ، وفي قول أبي يوسف رحمه الله لا يحبس العبد ، ولكن يؤخذ له كفيل بنفس العبد خاصة دون نفس المولى ، وفي قول محمّد رحمه الله يؤخذ له=

أبي حنيفة رحمه الله ، وإن كان حضرهما شرطاً لسماع البيّنة على العبد عنده، لأنّ الدعوى وقع في حدّ القذف ، ومن مذهبه أنّه لا يؤخذ الكفيل في حدّ القذف ، ولكنّه يلازمهما إلى أن يقوم القاضي من مجلس الحكم ، فإن أحضر بيّنة وإلاّ خلّى سبيلهما، وعلى قول محمّد رحمه الله يؤخذ الكفيل بنفس العبد والمولى لأنّ حضرة المولى شرط لسماع البيّنة على العبد كما يشترط حضرة العبد وأخذ الكفيل جائز عنده في حدّ القذف ، وفي قول أبي يوسف الآخر يؤخذ الكفيل بنفس العبد ولا يؤخذ بنفس المولى ، وإن كان أخذه الكفيل في حدّ القذف جائزاً لأنّه إنّما يؤخذ الكفيل بنفس من يشترط حضوره لسماع البيّنة وحضور العبد شرط ، فأمّا حضرة المولى ليس بشرط عنده فلا معنى لأخذ الكفيل بنفس المولى.

(٤٦٢) قال: وإذا ادّعى رجل قبل عبد قذفاً ، وأقام عليه بيّنة بمحضر من مولاه فإنّ العبد يحبس ولا يحبس مولاه ، ولا يؤخذ الكفيل من العبد عندهم جميعاً على الروايات التي يحبس القاذف في مدّة التعديل على قولهما.

أمّا على الرواية التي لا يحبس على قولهما يؤخذ الكفيل من العبد كما في المال ، ويؤخذ من المولى على قول محمّد رحمه الله لأنّ حضرته شرط للقضاء على العبد وهو يرى أخذ الكفيل في حدّ القذف، وأمّا على قول أبي حنيفة

=الكفيل بنفس العبد ونفس مولاه ، والذي قال: في الكتاب إنّ قول محمّد رحمه الله مثل قول أبي حنيفة رحمه الله إنّما يريد به أخذ الكفيل من المولى ، فأمّا حبس العبد فقوله كقول أبي يوسف رحمه الله.

رحمه الله لا يؤخذ الكفيل بنفس المولى وإن كان حضرته شرطاً للقضاء على العبد ، لأنّه لا يرى أخذ الكفيل في الحدود وعلى قول أبي يوسف رحمه الله الآخر لا يؤخذ بنفس المولى أيضا لأنّه لما لم يشترط حضرته للقضاء عليه لا معنى لأخذ الكفيل ، هذا إذا ثبت الحدّ بالبيّنة ، أمّا إذا ثبت بالإقرار فإنّه لا يشترط حضرة المولى عندهم جميعاً ، لأنّ حضرة المولى إنّما شرط لأنّه ربّما يهتدي إلى ردّ الشهادات بالطعن والجرح ، ولا يهتدي العبد ، أمّا الإقرار فإنّه لا يردّ بالطعن والجرح فلا معنى لاشتراط حضرة المولى.

(٤٦٣) قال: وإذا ادّعى رجل قبل رجل أنّه ضربه أو خنقه وشتمه أو ادّعت إمرأة قبل زوجها أنّه ضربها ضرباً فاحشاً أو أم الولد أو المدبّر يدعيان على الحرّ أو يدعى الحرّ عليهما أو أهل الذمّة يدعى بعضهم على بعض الضرب والشتم وادعى أن بينته حاضرة ، فإنّ القاضي يأخذ له كفيلاً بنفسه ثلاثة أيّام، لأنّ الواجب بهذه الجنايات التعزير لأنّه ارتكب ما لا يحلّ له في الشرع ، وليس له حدّ ولا قصاص مشروع فيعزر صيانة لعرض المشتوم عن الهتك ، وشرط في دعوى المرأة على زوجها ضرباً فاحشاً ، ولم يشترط في دعوى الأجانب ، لأنّ ضرب الأجنبي لا يحلّ في الشرع أصلاً وكان أصل الضرب جناية منه، أمّا الزوج له أن يضرب زوجته تأديباً لها ، قال الله تعالى:﴿ وَٱلَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ ﴾ إلى أن قال: ﴿ وَٱضۡرِبُوهُنَّ﴾ [1] فعلم أنّ الزوج مأذون في أصل الضرب ، فصار هذه الزيادة جناية منه عليها فأوجب

١- سورة النساء ٣٤/٤.

التعزير، والضرب الفاحش أن يكسر العظم أو يخرق الجلد أو يسوده ، وذكر من جملته أنّه إذا ادّعى الضرب الفاحش على والده ، وهو كبير والولد إذا ضرب أحد أبويه يعزر ، وإن لم يكن فاحشاً ، وقيل: أراد بالضرب الفاحش الضرب المؤلم.

(٤٦٤) قال: وإذا ادعى رجل قبل رجل شتيمة فاحشة وادعى أنّ بينته حاضرة وطلب كفيلاً بنفسه فإنّه يؤخذ له كفيل بنفسه عندهم جميعاً ، لما ذكرنا أنّ التعزير في حكم المال لأنّه من حقوق العباد ، ولو أقام عليه شاهدين لم يحبس في مدّة التعديل ، لأنّا لو حبسناه لاستوفينا منه بتهمة الشتيمة ما نستوفيه بالحقيقة ، لأنّ الحبس جاز أن يكون موجب الشتيمة فلم يجز استيفاؤه بتهمة الشتيمة ، حتّى لا يكون موجب التهمة مساوياً لموجب الحقيقة.

(٤٦٥) قال: وإذا كان المدعى عليه رجلاً له خطر ومروءة ، فالقياس أن يعزر في الاستحسان إلا إذا كان ذلك أول فعل ، وجه القياس أنه تحقق منه سبب التعزير فيعزر قياساً على ما إذا لم يكن ذا خطر ومروءة ، وقياساً على الحدود ، وعلى ما لو ارتكب ذو مروءة سبب التعزير مرّة أخرى ،وجه الاستحسان ما روي عن النبى ﷺ أنه قال: "أقيلوا عن ذوي الهيئة عثراتهم إلا في حدّ"[1] وهذه عثرة حصلت من ذوي الهيئة فيقال عنه ،

١- "أقيلوا عن ذوي الهيئة..." أخرجه أبوداود ولفظه بسنده إلى عائشة رضي الله عنها أنها قالت: قال رسول الله ﷺ: أقيلوا ذوي الهيآت عثراتهم=

ولأنّ المقصود من التعزير الردع والزجر وأنّه حاصل بالملامة والعتاب من غير ضرب، إذا كان ذو مُرُوّة، ثمّ قالوا: ليس المراد من المروة الغنى وجميع أسباب الدنيا ، وإنّما المراد به المُرُوّة الشرعية أو العقلية ، وقيل: يريد بذي الهيئة من يراعي هيئة شرعية أو عقلية لا رسمية.

(٤٦٦) قال: ولو أنّ مسلماً قذف ذمّياً بالزنا ، وقدمه الذمي إلى القاضي وجحده المسلم وادّعى أن له بيّنة حاضرة فإنّه يؤخذ منه كفيل، لأنّ قذف الذمي لو ثبت يوجب التعزير لا الحدّ ، لأنّ الذمي ليس بمحصن ، وفي التعزير يؤخذ الكفيل ، قال في الكتاب: عزّره عشرة أسواط ، والصحيح أنّ التعزير مفوض إلى رأي القاضي يأتي بما يصلح زاجراً في حقّ الجاني ، والناس يتفاوتون في ذلك ، وإن شاء عزّره أسواطاً بقدر ما يرى أنّه زاجر له ، ولكن لا يبلغه به الحد ، وقد روي عن أبي يوسف رحمه الله أنّه قال: تعزير كلّ جنس لا يبلغ أدنى حده بل ينقص ، وعن أبي حنيفة رحمه الله وهو قول محمّد رحمه الله لا يبلغه أربعين وينقص عنه ، وقال أبو يوسف رحمه الله: يبلغ خمسة وسبعين وفي رواية تسعة وسبعين.

[الكفالة في الجنايات]

(٤٦٧) قال: وإذا ادعى رجل قبل رجلين قصاصاً في نفس فأقرّ أحدهما وجحد الآخر فإن المقرّ منهما يحبس ، لأنّ خلاصه من جهة الشريك

=إلا الحدود ، رقم الحديث ٤٣٧٥ ، باب في الحد يشفع فيه (باب في الحد يشفع).

موهوم بأن ظهر أن شريكه حين قتله كان مجنوناً أو صبياً أو قتله بقصاص، ولما كان الخلاص من جهة الشريك موهوماً من هذا الوجه يحبسه احتياطاً ونظراً للمقر، أمّا الذي جحد فإنّه لا يكفل عند أبي حنيفة ولكن الطالب يلازمه إلى قيام القاضي من مجلس الحكم، وعندهما يكفل كما في حدّ القذف.

(٤٦٨) قال: ولو كان المدعى عليهم ثلاثة نفر فأقرّ اثنان منهم بالقتل عمداً وشهدا على صاحبهما أنّه قتل معهما عمداً فالمقران يحبسان لما ذكرنا، والجاحد لا يحبس بشهادتهما، لأنّهما يشهدان على الجاحد بفعل لا يتمّ به وحده، وإنّما يتمّ به وبهما فصارا شاهدين بفعل أنفسهما، والشهادة بفعل نفسه دعوى وبالدعوى لا يثبت شيء لو حصل من العدل فكيف من الفاسق وهما صارا فاسقين بقتل العمد.

(٤٦٩) قال: وإذا ادّعى رجل قبل رجل قطع يد عمداً، وادّعى أن له بيّنة حاضرة فإنّه لا يؤخذ له كفيل، لأنّ الدعوى وقع في القصاص فإن أبرأه وادّعى على آخر فإنّه لا يؤخذ منه كفيل، ولاتقبل بيّنته على الآخر، لأنّه مناقض في دعوى القتل على الآخر، لأنّه لما ادعى القتل على الأول فقد نفاه عن الثاني اقتضاء ضرورة، لأنّ المقطوع لا يقطع مرّة أخرى والثابت اقتضاء كالثابت نصّاً، فإن أقرّ الثاني بذلك قضى عليه بالدية فلا قصاص عليه، وكان يجب أن يستوفى منه القصاص لأنّ ولي القصاص مع المدعى عليه تصادقا على وجوب القصاص إلا أنّ المدعي لّما ادعى القطع على الأول فقد نفي عن الثاني

وهذا النفي إن ارتفع بإقرار الآخر يبقى شبهة النفي ، والشبهة يكون كافياً لدرء القصاص ، وإذا سقط القصاص وجب المال.

وإذا وجبت الدية على الآخر ذكر أنه لا يحبس لأنّه لم يظهر منه التمرّد ، فالحبس لأجل المال إنّما يجب بعد التمرّد ، ولا يوخذ منه كفيل كما لا يؤخذ في سائر الأقارير بالمال ، ولكن يؤخذ الكفيل بنفسه حتّى لا يغيب ، ولا يجب المال على الأول ، لأنّ الأول دام على إنكاره ولو رجع عن إنكاره وأقرّ فكذلك لا يجب عليه المال لأنّه لما ادعى على الثاني ودام على دعواه فقد كذب الأول في إقراره والإقرار ممّا يبطل بتكذيب المقر له.

(٤٧٠) قال: وإذا ادّعى رجل قبل رجل قتل خطأ أو جراحة خطأ فيما دون النفس ، وادعى أنّ له بيّنة حاضرة وطلب أخذ الكفيل فإنّ القاضي يأخذ له كفيلاً بنفسه ثلاثة أيّام ، لأنّ الدعوى وقع في المال، لأنّ جناية الخطأ توجب المال وفي دعوى المال يؤخذ الكفيل عندهم جميعاً.

(٤٧١) قال: فإن أقام على ذلك شاهدين عدلين قضى له بالبيّنة ولا يحبس القاتل لا لأجل القتل ولا لأجل المال ، أما لأجل القتل فإنه بالقتل لم يصر فاسقاً فلأنّ المخطئ معذور ، أمّا لأجل المال لأنّه لم يظهر منه التمرّد والمماطلة ، هذا إذا كان القاتل من أهل الديوان وله رزق في مال بيت المال حتّى يؤخذ ما يجب من الدية من رزقه وعطيته من بيت المال ، لأنّ القاتل واحد من العاقلة ، والرزق في يد القاضي فعليه أن يوفي ، ويأخذ الدية منه ، وإذا لم يثبت تمرّده لا يحبس لأجل المال إلاّ أن يكون داعراً فيحبس لدعارته

لا للقتل ، لأنّ الواجب على الإمام أن يتعرّض الفساق والمتهمين بأنواع الفسوق ردعاً وزجراً لهم عن ذلك.

(٤٧٢) قال: وإذا ادعى رجل قبل امرأة قطع يد عمداً أو شجة عمداً يؤخذ له كفيل بنفسها لأنّه ادّعى المال ، لأنّ القصاص فيما دون النفس لا يجرى بين الرجال والنساء وكذلك الحرّ المدعى يدّعي قبل العبد أو العبد يدّعي قبل الحرّ جراحة عمداً فيما دون النفس ، لأنّ القصاص فيما دون النفس لا يجرى بين العبيد والأحرار وفي دعوى المال يؤخذ الكفيل.

(٤٧٣) قال وإذا ادّعى رجل قبل رجل دم عمد ، وله وليان فعفى أحدهما أو صالح من حصّته وجحد القاتل وطلب الطالب منه كفيلاً بنفسه فإنّه يؤخذ له كفيل ، لأنّ القصاص متى كان بين اثنين فعفى أحدهما انقلب نصيب الساكت مالاً وفي دعوى المال يؤخذ الكفيل.

(٤٧٤) قال: ولو أنّ رجلاً قطع يدي رجلين عمداً ، اليمين من كلّ واحد منهما فاجتمعا جميعاً يطلبان منه كفيلاً بنفسه لم يؤخذ لهما منه كفيل بنفسه ، لأنّ حقّ كلّ واحد من المقطوعة يدهما قبل قطع يد القاطع في القصاص ، ألا ترى أنّه لو عفى أحدهما كان جميع القصاص للآخر فكان كالشفعاء ، فإنّ حقّ كلّ واحد منهم في جميع الدار ، وإنّما ينقص بسبب المزاحمة حالة الاستيفاء فكذلك في حقّ كلّ واحد منهما قبل قطع يد القاطع يعتبر جميع القصاص ، وإذا كان حقّ كل واحد منهما في القصاص قبل القطع

كان الدعوى في القصاص ، وفي القصاص لا يؤخذ الكفيل عند أبي حنيفة رحمه الله.

(٤٧٥) قال: ولو ادّعى رجل قبل رجل أنّه قطع يده عمداً ويد القاطع شلاّء وقال المدّعي: أنا اختار الدية فإنّه يؤخذ له كفيل، لأنّه متى اختار الدية يصير حقّه في الدية وأنّه مال، وإذا اختار القطع كان حقّه القصاص وفي القصاص لا يؤخذ الكفيل عند أبي حنيفة رحمه الله.

ولو أنّ رجلاً ادّعى قبل رجل منقلة أو هاشمة أو جائفة أو قطع يد عمداً من غير مفصل ، أو ادّعى أنّه ضرب على سنّه فاسودّت فإنّه يؤخذ له كفيل بنفسه ثلاثة أيّام ، لأنّ الواجب بهذه الجنايات المال، وإن كانت عمداً لأنّ اعتبار المساواة متعذّر في هذه المواضع وفي دعوى المال يؤخذ الكفيل عندهم جميعاً.

[الخصومة في العبد والكفالة به]

(٤٧٦) قال: رجلان اختصما في عبد إلى القاضي وأراد المدّعي أن يأخذ له كفيلاً به وبالعبد فإنّ القاضي يأخذ له كفيلاً به وبالعبد ثلاثة أيّام ، لأنّ حضرهما جميعاً شرط لتمكّن المدعي من إثبات حقّه بالبيّنة ، ولو مات العبد في يد المطلوب ، وأقام المدعي البيّنة أنّ العبد عبده فزكيت الشهود فإنّ القاضي يقضي بقيمة العبد على المطلوب ، لأنّه ظهر أنّ المدّعى عليه كان غاصباً له والمغصوب إذا هلك في يد الغاصب كان على الغاصب قيمته ، ثمّ القاضي بالخيار إن شاء قضى بالقيمة على الكفيل وإن شاء قضى على الأصيل،وكان يجب أن لايقضى بالقيمة على الكفيل ، لأنّ الكفالة إنّما تصحّ

بما هو مضمون على الأصيل وقت الكفالة ، والمضمون على الأصيل وقت الكفالة إحضار العبد ليتمكّن المدّعي من إثبات حقّه بالبيّنة لا ضمان نفس العبد، فإنّ نفس العبد لا يصير مضموناً على المدعى عليه بنفس الدعوى ما لم يثبت المدعي ملكه في العبد ، وإذا كان كذلك صار الكفيل كفيلاً بإحضار العبد لا ضمان نفس العبد ، فكان يجب أن لايضمن الكفيل قيمته ، إلا أنّ الجواب عنه أنّ المضمون على الأصيل وقت الكفالة شيئان أحدهما إحضار العبد ليتمكّن المدّعي من إثبات حقّه على البيّنات ، وضمان نفس العبد على سبيل التوقّف فإنّه متى قامت البيّنة أنّ العبد عبده ظهر أنّ العبد كان مضموناً عليه وقت الكفالة ، وإن لم يمكنه إقامة البيّنة لا يكون نفس العبد مضموناً عليه، وإذا كفل الكفيل بنفس العبد مطلقاً صار كفيلاً بإحضار العبد على سبيل البتات للحال كما هو مضمون على الأصيل ، وصار كفيلاً بضمان نفس العبد على سبيل التوقّف لأنّه متى قامت البيّنة وزكّيت ظهر أنّه كفل أيضاً بنفس عبد مضمون ، ومن كفل بعبد مضمون فعليه ردّ العين ما دام قائماً ، ورد القيمة إن كان هالكاً ، هذا إذا أقام المدّعي البيّنة ، ولو لم يقم بيّنة على ذلك ، واستحلف المدعى عليه فأبى أن يحلف فإنّ القاضي يقضي له بالعبد، لأنّ النكول بمنزلة الإقرار على ما عرف.

(٤٧٧) قال: وإذا غصب رجل عبداً أو أمة أو شيئاً من العروض من رجل فضمّنه له رجل فهو جائز ، لأنّه كفل بما هو مضمون على الأصيل والمضمون على الأصيل ردّ عينه مادام العين قائماً ، ورد قيمته إن كان هالكاً ، فيجب على الكفيل ذلك ، ومتى وقع الاختلاف بين الطالب والأصيل فالقول

قول الأصيل لأنّه يدّعي على الكفيل زيادة قيمته وهو ينكر ، فإن أقرّ الغاصب بقيمته أكثر ممّا أقرّ به الكفيل لزمه، ولم يلزم الكفيل لأنّ إقرار الأصيل حجّة في حقه وليس حجّة في حق الكفيل ، فإن قامت بيّنة على ما قاله الأصيل أخذ به الكفيل ، لأنّ البيّنة حجّة في حقّ الناس كافة.

(٤٧٨) قال: وإذا اشترى الرجل عبداً من رجل وقبضه فجاء آخر وادّعاه وأخذ بالعبد كفيلاً وأقام عليه بيّنة أنّه عبده ، وزكيت البيّنة وقضى القاضي له ، وقال المطلوب والكفيل: مات العبد أو أبق ، وكانت قيمته مائة ، وقال الطالب: لم يمت ولم يأبق وكانت قيمته ألفي درهم ، فالقول قول الطالب أنّ العبد حي حاضر ، وعليهما البيّنة أنّه مات أو أبق ، لأنّ الطالب متمسّك بما هو الثابت ، والكفيل والمطلوب يدعيان أمراً حادثاً ، وأبدا القول قول من يتمسّك بما هو الثابت في الأصل ، وإذا كان القول قول الطالب مع يمينه ثبت حياة العبد وحضرته ، فيحبس المطلوب والكفيل حتّى يأتيا به ، فإن حبسهما القاضي وطال مدّة الحبس حتّى وقع في رأي القاضي أنّه لو كان العبد حاضراً كانا لا يتحمّلان مرارة الحبس إلى مثل هذه المدّة خلّى سبيلهما، وقضى بالقيمة ثمّ القول قولهما أن قيمته مائة درهم ، لأنّ الطالب يدّعي عليهما زيادة قيمته وهما ينكران ذلك فإن ظهر العبد بعد ذلك فالمالك بالخيار إن شاء رد القيمة وأخذ العبد ، وإن شاء أمسك القيمة وسلّم العبد ، ولم يفصل بين ما إذا ظهر أنّ قيمة العبد مثل ما أخذ أو أقل.

وذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله أنّ من مشائخنا رحمهم الله من قال: إن ظهر أن ما أخذ من القيمة مثل قيمة العبد أو أكثر فإنّه لا يتخيّر وإنّما يتخيّر إذا كان أقلّ ، ومنهم من قال يتخيّر في الحالين.

(٤٧٩) قال: ولو كان مكان العبد أمة لم يسع للغاصب أن يطأها إلاّ أن يسلّمها للمغصوب منه ، لأنّ البيع في هذه الحالة بيع إكراه لا بيع طواعية ، ومن اشترى أمة وأكره البائع على بيعها فإنّه لا يحلّ له أن يطأها ما لم يجز البيع بعد الإكراه ، وكذلك هذا ، ثمّ إذا أخذ القيمة يطأها بعد ما استبرأها بحيضة ، لأنّه صار مشترياً لها ، ثمّ الاستبراء يعتبر من وقت الضمان لا من وقت الغصب.

(٤٨٠) قال: وإذا كان عبد في يد رجل فادّعاه رجل وأخذ منه كفيلاً به ووكيلاً في خصومته فهو جائز ، قال: فإن تغيب المطلوب والعبد فإنّ الكفيل يحبس حتّى يأتي بالعبد بعينه لأنّه لا حاجة إلى إحضار المطلوب ، لأنّ الكفيل وكيل عنه بالخصومة والحاجة إلى إحضار العبد فلهذا قال: يحبس حتّى يأتي ، ولم يقل حتّى يأتي بالعبد وبالمطلوب جميعاً بخلاف ما إذا لم يكن وكيلاً بالخصومة فإنّه يحبس الكفيل حتّى يأتي بهما ، فإن ظهر المطلوب وتغيّب العبد يحبس الكفيل حتّى يأتي بالعبد ، لأنّه لا يمكنه إثبات حقّه في عين العبد إلاّ بعد إحضار العبد ، فإن قال المدّعي: أنا أقيم البيّنة أنّه عبدي ، قبل ذلك منه، فإن شهد شاهدان أنّ العبد الذي ضمنه هذا ، وسمّياه وحلّياه عبد فلان هذا وزكيا، قال قضى بالعبد له وعلى الكفيل أن يأتي بالعبد وقت القضاء وإن لم يأت قضى عليه بقيمته ، لأنّه إذا كان العبد حاضراً مشاراً إليه وقت الشهادة فوقت القضاء أمكن للقاضي القضاء بعين العبد لأنّه معلوم في نفسه ، وإن لم يكن العبد حاضراً قضى بقيمته لأنّ القضاء بعين العبد إذا لم يكن حاضراً وقت القضاء غير ممكن ، لأنّ حضرة العبد شرط لسماع البيّنة فيكون شرطاً عند

القضاء كحضرة المدّعى عليه ، ثمّ قال: وإذا لم يأت بالعبد قضى بقيمته بعد أن يحلف المدّعي بالله ما أخرجت عن ملكك ، لأنّه متى أخرج المدّعى عليه العبد من ملكه بسبب من الأسباب لا يبقى الكفيل ضامناً للعبد فيحلف المدّعي على ذلك ، فإن حلف و لم يثبت خروج العبد عن ملكه قضى عليه بالقيمة ، ثمّ قال: في الكتاب أنّه يحلف المدّعي بالله ما أخرجت عن ملكك وإن لم يطلب الكفيل ذلك في قول أبي يوسف رحمه الله ، أمّا على قول أبي حنيفة رحمه الله لايحلف المدّعي على ذلك حتّى يطلب الكفيل ذلك ، وجعلوا هذا فرعاً لمسألة أخرى ، وهو أنّ المشتري إذا أقام البيّنة على العيب فإنّ القاضي يردّ العبد على البائع بعد أن يحلف المشتري بالله ما رضيت بهذا العيب ، وإن لم يطلب البائع ذلك من القاضي في قول أبي يوسف رحمه الله نظراً للبائع ، وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله لايحلفه، لأنّ القاضي نصب لقطع الخصومات ، لا لإنشاءها، فيجب أن يكون هذا على هذا الخلاف ، فيجوز أن يكون هذا في قولهم جميعاً ، فيحتاج أبوحنيفة رحمه الله إلى الفرق بينهما ، وجه الفرق له أنّ الكفيل محتسب متبرّع فيجوز أن يستحقّ زيادة نظر، وأمّا البائع معاوض من كلّ وجه فلا يستحقّ هذا النظر من غير طلب.

[الكفالة في العقود]

(٤٨١) قال: ولو أنّ رجلاً استودع رجلاً متاعاً فخان في بعضه وضمن له رجل بذلك الوديعة صحّت الكفالة فيما خان وبطل فيما لم يخن ، لأنّه فيما خان كفيل بالمضمون ، وفيما لم يخن كفيل بالأمانة ، والكفالة بالمضمون جائزة وبالأمانة لا يجوز.

(٤٨٢) قال: ولو أنّ رجلاً اشترى من رجل عبداً ، ونقده الثمن أخذ منه كفيلاً بالعبد حتّى يدفعه إليه صحّت الكفالة ، لأنّه كفل بما هو مضمون على الأصيل ، فإن مات العبد في يد صاحب العبد برئ الكفيل ، لأنّه برئ الأصيل عن تسليم العين وعن تسليم قيمته ، فيبرأ الكفيل ، ولا يصير كفيلاً بالثمن وإن كان الثمن بدلاً عن البيع مع أنّ الكفيل بالشيء كفيل به ، وببدله، كما في الغصب ، لأنّ في الغصب الكفيل بعين المغصوب صار كفيلاً بقيمته ، لأنّ القيمة وجب بالسبب الذي به وجب ردّ العين ، وهو الغصب وإذا كان ردّ القيمة واجباً بالسبب الذي به وجب ردّ العين صار الكفيل بعين المغصوب كفيلاً بقيمته ، أمّا ردّ الثمن على البائع لا يجب بالسبب الذي وجب عليه تسليم المبيع ، لأنّ تسليم المبيع وجب بالبيع وردّ الثمن على البائع وجب بحكم انفساخ البيع لا بالبيع ، ولما كان كذلك لم يصر الكفيل بتسليم المبيع كفيلاً بالثمن كالكفيل بالسلم لايصير كفيلاً برأس المال متى تقابلا ، ولو ضمن له ما أدركه من درك كان كذلك أيضاً ، لأنّ الكفيل كفيل بضمان الدرك ، والدرك عبارة عن ضمان يجب على البائع بسبب الاستحقاق ، ورد الثمن في هلاك العبد لم يجب بسبب الاستحقاق فلا يكون دركاً ، فلا يؤاخذ به الكفيل، وكذلك لو قبضه المشتري ووجد به عيباً فردّه لا يؤاخذ به الكفيل لأنّه كفل بالدرك ، وردّ الثمن على البائع لم يجب بسبب الاستحقاق ، ولو لم يجد به عيباً ، ولكن استحقّ رجل نصفه ، وردّ المشتري النصف الباقي لم يكن على الكفيل ضمان في النصف الذي ردّ على المشتري وضمن النصف الذي استحقّ ، لأنّ ردّ نصف الثمن وجب بسبب الاستحقاق وكان دركاً فيؤاخذ

به الكفيل ، فأمّا النصف الآخر وجب الردّ بالعيب فلم يكن دركاً فلم يؤاخذ به الكفيل، لأنّ الكفيل كفل بالدرك ، وشروط الكفيل في الكفالة مراعاة.

(٤٨٣) قال: ولو رهن رجل رجلاً متاعاً ، وكفل به رجل للراهن فهلك المتاع عند المرتهن ، وفيه فضل على قيمته لم يكن على الكفيل ضمان ، لأنّ الكفالة لم تصحّ لا بما زاد على الدين ولا بقدر المشغول بالدين ، أمّا بما زاد على الدين ، لأنّه أمانة عند المرتهن ، والكفالة بالأمانة باطلة ، وبقدر الدين إن كان مضموناً إلاّ أنّه مضمون ضمان الاستيفاء ، والكفالة بضمان ما يجب للغريم بحكم الاستيفاء لا تصح لأنّه وصل إليه عوضه ، ومتى صحّت الكفالة بذلك وأخذ من الكفيل صار آخذاً مرّتين.

(٤٨٤) قال: جارية بين رجلين آجرها أحدهما بغير إذن صاحبه فكفل رجل لصاحبه نصيبه منها صحّت الكفالة ، لأنّ نصيبه صار مضموناً على الآخر متى آجر بغير إذنه ، والكفالة بما هو مضمون على الأصيل ويقدر الكفيل على تسليمه جائز ، وإن كان آجرها بإذنه لم تصحّ الكفالة لأنّ نصيبه لا يصير مضموناً عليه متى آجر بإذنه بل يكون أمانة ، والكفالة بالأمانة باطلة.

(٤٨٥) قال: وإذا وضع الرهن على يدي عدل على أن يضمنه كفيل عنه لا يصحّ لأنّ الرهن أمانة عند العدل والكفالة بالأمانة باطلة.

(٤٨٦) قال: ولو أنّ رجلاً باع من رجل داراً أو عبداً فادّعى فيه رجل دعوى فأراد المشتري أن يأخذ كفيلاً من البائع لنفسه بما أدركه من درك ، فإنّه لا يجبر البائع على إعطاء الكفيل لا بنفسه ولا بالدرك أما بنفسه فلأن المشتري لم يستحق على البائع حضوره ما لم يستحق الدار من يده، فإذا لم يستحق حضوره لا يجبر البائع على إعطاء الكفيل ، ولو أعطى لم يجز، لأنه كفل بما هو غير مضمون على البائع للحال وبالدرك لا يجوز أيضاً لأنه لو تحقق ضمان الدرك بأن استحقت الدار ووجب على البائع رد الثمن فإنه لا يجبر البائع على إعطاء الكفيل بالثمن لما ذكرنا في هلاك المبيع ، ولو طاب نفسه على إعطاء الكفيل جاز.

(٤٨٧) قال: رجل عليه مال حال وكفل به رجل حالاً ثمّ إنّ صاحب المال أخر الأصيل فذلك يكون تأخيراً عن الكفيل ، وإن أخّر الكفيل دون الأصيل كان له أن يأخذ الأصيل بالمال حالاً ، لأنّ الكفيل تحمّل المطالبة عن الأصيل ، وأصل الدين في ذمّة الأصيل لاستحالة أن يصير الدين الواحد دينين ، فتأخير الأصيل تصرّف في أصل الدين فيتعدّى ذلك إلى الكفيل ، أمّا تأخير الكفيل تصرّف في مطالبته لا غير فلا يتعدّى إلى الأصيل، ألا ترى! أنّ إبراء الكفيل لايكون إبراء للأصيل، وإبراء الأصيل يكون إبراء لهما فكذلك التأخير اعتباراً للإبراء المؤقّت بالإبراء المؤبّد ، ولو أخّر عن الكفيل فردّ الكفيل تأخيره بطل التأخير ، ولو أبرأ الكفيل فردّ الكفيل إبراءه

لا يبطل ، والفرق أنّ إبراء الكفيل إسقاط محض ، والإسقاط يتمّ بالمسقط، أمّا التأخير ليس بإسقاط بل هو خالص حقّ المطلوب فيبطل بالردّ.

(٤٨٨) قال: رجل كفل عن رجل بألف درهم بأمره فقضاه الألف قبل أن يعطيها صاحبها فليس له أن يستردّها منه ، لأنّ الأصيل إنّما دفع المال إلى الكفيل فيصير حقّا له إذا أدّى الكفيل حقّ الطالب من مال نفسه ، وما لم يبطل ذلك الاحتمال بأداء الأصيل حقّ الطالب لا يكون له أن يسترد، كمن اشترى بشرط الخيار فنقد الثمن قبل سقوط الخيار ثمّ أراد أن يسترد قبل نقض البيع لا يملك ذلك ، لأنّ الدفع كان لغرض ، وهو أن يصير ثمناً عند سقوط الخيار فما بقي ذلك الاحتمال لا يكون له أن يسترد كذلك ههنا.

[تصرف الكفيل في المقبوض]

(٤٨٩) قال: فإن تصرّف الكفيل في المقبوض وربح ثمّ إنّ الأصيل أدّى دين الطالب كان له أن يرجع على الكفيل ، وطاب للكفيل ما ربح فيه ، وهذه المسألة على وجهين ، إمّا أن دفع على وجه الاقتضاء أو على وجه الرسالة فإن دفع على وجه الرسالة بأن قال: خذ هذا المال وادفع إلى الطالب فأخذ وتصرّف فيه وربح ، لايطيب له الربح في قول أبي حنيفة ومحمّد رحمهما الله ، سواء كان المال من النقود أو من العروض ، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله يطيب له الربح لأنّ المال في يده بمنزلة الوديعة ، والمودع أو الغاصب إذا تصرّف في الوديعة أو الغصب وربح عندهما لا يطيب له الربح ، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله يطيب ، وإن دفع إليه على وجه الاقتضاء ، وتصرّف فيه

وربح فإن أخذ الطالب بعد ذلك حقّه من الكفيل سلّم الكفيل ما أخذ من الأصيل ، وطاب له الربح في قولهم جميعاً ، فإن أخذ الطالب حقّه من الأصيل وجب على الكفيل ردّ ما قبض وهل يطيب له الربح فإن كان المقبوض ممّا لا يتعيّن بالتعيين طاب له الربح في قولهم جميعاً ، لأنّ الكفيل ملك المقبوض بالأخذ فلايلزمه ردّ ما قبض فبقي متصرّفاً في ملك نفسه فيطيب له الربح ، وإن كان المقبوض ممّا يتعيّن بالتعيين فكذلك في قول أبي يوسف ومحمّد رحمهما الله[1]، واختلفت الروايات عن أبي حنيفة رحمه الله ، ذكر في كتاب البيوع من الأصل يطيب الربح للكفيل ، وذكر في كفالة الأصل وفي الجامع الصغير[2] أنّه لا يطيب إلا أنّ في رواية الجامع يردّ الربح إلى الأصيل وفي رواية

١- انظر: خلاصة الفتاوى ١٦٦/٤ ، نصّه: فلو تصرّف الكفيل وربح إن أدّاه على وجه الرسالة لا يطيب له سواء كان من النقود أو من العروض ، والمسألة معروفة ، وإن أدّاه على وجه القضاء إن كان المال من النقود يطيب له وإن كان من العروض فعندهما يطيب له ، واختلفت الروايات عن أبي حنيفة ، في رواية البيوع لا يطيب له، وفي رواية الكفالة يطيب له ، ثمّ بعد هذا في المسألة روايتان ، في رواية يتصدّق بالربح وفي رواية يدفع إلى المكفول عنه.

٢- الهداية مع الفتح ١٩٤/٧ ، نصّه : قال: وأحبّ إليّ أن يردّه على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه في الحكم وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله في رواية الجامع الصغير ، وقال أبو يوسف ، ومحمّد رحمهما الله: ولا يردّه على الذي قضاه وهو رواية عنه وعنه أنّه يتصدّق به.

=قال ابن الهمام : ولا شك أنّ ضمير قال لأبي حنيفة ، فقوله وهذا عند أبي حنيفة وفي رواية الجامع الصغير إنّما ذكره ليمهد لنصب الخلاف بذكر قولهما حيث لم يصرح بفاعل ، قال (وقالا: هو له لا يردّه عليه وهو رواية) أخرى (عن أبي حنيفة) وهو رواية كتاب البيوع من الأصل روى عنه أي عن أبي حنيفة (رواية) ثالثة (أنّه يتصدّق به) وهي رواية كتاب الكفالة ، الفتح على الهداية ١٩٥/٧.

فالحاصل : إنّ الكفيل إذا تصرّف في المقبوض وربح في الحال ، هل يطيب له الربح، ينظر: إن كان الدين دراهم أو دنانير يطيب له الربح بالإجماع ، لأن المقبوض ممّا لا يتعيّن بالتعيين في عقود المعاوضات فحصل التمليك بإذن صاحبها فيطيب له الربح ، وإن كان الدين مكيلاً أو موزوناً ممّا يتعيّن في العقد يطيب له الربح أيضاً عند الإمام أبي يوسف ومحمّد رحمهما الله ، وعن أبي حنيفة رحمه الله في هذه المسألة ثلاث روايات ، الرواية الأولى التي ذكرت في كتاب البيوع أنّه يطيب له الربح و لم يذكر الخلاف ، وفي الرواية الثانية قال: يتصدّق ، وهي وراية الكفالة عنه ، والرواية الثالثة وهي التي ذكرت في الجامع الصغير ، قال: أحبّ إليّ أن يردّ الربح على المكفول عنه، هذا إذا دفعه إليه على وجه القضاء ، فأمّا إذا دفعه على وجه الرسالة ليؤدّي الدين دراهم أو دنانير أو غيرهما من المكيلات والموزونات عند أبي حنيفة ومحمّد ، وعند أبي يوسف يطيب وهو كاختلافهم في المودع والغاصب إذا تصرّف في الوديعة والمغصوب وربح فيهما ، أنّه لا يطيب له الربح عندهما وعند أبي يوسف يطيب.

انظر: للتفصيل بدائع ١٤/٦ ، والهندية ٣/ ٢٨٧-٢٨٨ ، فقد ذكر العلامة شمس الدين السرخسي هذه المسألة مفصلة ، انظر: المبسوط للسرخسي ٢٩/٢٠ ، البزازية على هامش الهندية ٦/٦ ، انظر: الخانية على هامش الهندية ٦٩/٣ ، نصّه: مريض كفل عن رجل بمال بأمره ثم مات الكفيل إلخ ، والبدائع ٢٢٤/٧.

كفالة الأصل يتصدّق به ، لأبي يوسف ومحمّد رحمهما الله أنّ عقد الكفالة يوجب دينين ديناً للطالب على الكفيل وديناً للكفيل على الأصيل ، ولهذا لو وهب الكفيل الدين من الأصيل قبل أدائه حقّ الطالب صحّت هبته ، حتّى لو أدّى حقّ الطالب بعد ذلك لم يرجع على الأصيل فثبت أنّ الكفالة أوجب دينين إلاّ أنّ ما للطالب على الكفيل حال وما للكفيل على الأصيل مؤجّل إلى وقت أداء الكفيل حقّ الطالب ،لأنّ قبل أدائه حقّ الطالب لا يرجع على الأصيل ، وصاحب الدين المؤجّل إذا أخذ حقّه قبل حلول الأجل يصحّ الاستيفاء ، وكان الربح حاصلاً له في ملك نفسه فيطيب له الربح ولأبي حنيفة رحمه الله أنّ ملك الكفيل متردّد إن أخذ الطالب حقّه من الكفيل يتقرّر وإن أخذ من الأصيل ينتقص ملك الكفيل في المقبوض ، وكان الملك قاصراً ، ولو انعدم الملك أصلاً كان الربح خبيثاً فإن كان قاصراً يتمكّن فيه شبهة الخبث فلايطيب له فيتصدّق به لأنّ سبيل الخبيث التصدّق به ، وفي رواية يردّ على الأصيل ، لأنّ سبب الخبيث ثبت لحقّه ، فإن ردّها إن كان الأصيل فقيراً طاب له الفضل، وإن كان غنياً ، فيه روايتان والأشبه أنّه يطيب له الربح لأنّه إنّما ردّ عليه باعتبار أنّه حقّه.

[كفالة المريض في مرض موته]

(٤٩٠) قال: وإذا كفل المريض بمال في مرضه الذي مات فيه فإنّه يصحّ بقدر الثلث إن لم يكن عليه دين وإن كان عليه دين يحيط بماله لا يصحّ

أصلاً لما ذكرنا أنّ الكفالة ينعقد تبرّعاً ، وكان معتبراً بسائر التبرّعات ، فإن أقرّ أنّه كفل بذلك في الصّحة لا يصحّ إقراره إذا كان عليه دين يحيط بماله سواء كان عليه دين الصحّة أو دين المرض ، لأنّ الإسناد إلى حالة الصحّة لا يثبت بمجرّد إقراره لما فيه من إبطال حقّ الغرماء عن ماله ، وإذا لم يصحّ الإسناد فكأنه إنشاء الكفالة في حالة المرض وعليه دين يحيط بماله فإنّه لا يصحّ أصلاً كذلك ههنا، وإذا لم يكن عليه دين اعتبر من جميع المال ، ويصدّق في إسناد الكفالة إلى حالة الصحّة في حقّ الورثة ، ولم يصدّق في حقّ الغرماء ، فقد ذكر في كتاب الإقرار[1] ، أنّ حقّ الوارث إنّما يتعلّق في ماله بقدر الثلثين ، فأمّا الثلث خالص حقّه حتّى صحّ تبرّعه بقدر الثلث فصحّ الإسناد إلى حالة الصحّة بقدر الثلث كما لوأقر بدين لأنّه لم يبطل حقّ أحد بقدر الثلث، وإذا صحّ الإسناد بقدر الثلث ظهر أنّ هذا الثلث لم يكن له فصحّ بقدر الثلث ما بقي ثمّ وثمّ إلى أن يأتي على جميع المال، ولهذا المعنى جوّزوا إقرار المريض للأجنبي بجميع المال فلهذا لم يكن حقّ الورثة مانعاً من الإسناد إلى حالة الصحة، وإذا صدّق في الإسناد اعتبر من جميع المال كما لو أقرّ بدين آخر، فأمّا حقّ الغرماء متعلّق بجميع المال فلهذا لم يصحّ تبرّعه بشيء من ماله

١- انظر: الخانية على هامش الهندية ٦٩/٣ ،نصّه: مريض كفل عن رجل بمال بأمره ثمّ مات الكفيل الخ ، والبدائع ٢٢٤/٧.

لحقّ الغرماء فلم يصدّق في الإسناد إلى الصحّة ، وإذا لم يصدّق في الإسناد صار كأنّه أنشأ الكفالة في حالة المرض وعليه ديون تحيط بماله.

[الكفالة بنوائب الأرض]

(٤٩١) قال: رجل كفل عن رجل خراج أرضه ، ونوائبه ، وقسمته فهو جائز ، أمّا الخراج فلأنه دين واجب حقّاً للعاقد يطالب به، ويحبس فيه ويؤخذ من تركته بعد موته كسائر الديون بخلاف ما لو كفل بالزكاة بعد وجوبها في الأموال الباطنة حيث لا يصحّ ، لأنّ الزكاة ليست بدين بل هي عبارة عن تمليك المال للفقراء ، ولهذا لا يؤخذ منه من تركته بعد موته فلا يصحّ الكفالة ، بخلاف الخراج ، لأنّه دين وجب بدلاً عن الحفظ ، والدين مال وجب بدلاً عن شيء كضمان المتلف وثمن المبيع ، ونحوه.

(٤٩٢) وتكلّموا في النوائب ، قال بعضهم: أراد به أجر الحارس وكري النهر المشترك ، وكلّ ما فيه صلاح المحلّة ، لأنّ ذلك وجب شرعاً ، وقال بعضهم: أراد به ما ليس من الرواتب لكن ما يوظّف الإمام على الناس عند الحاجة إلى تجهيز الجيش لقتال المشركين، ولم يكن في بيت المال مال، أو احتاج إلى فداء أسراء المسلمين فوظّف على الناس مالاً لأجل ذلك فهو واجب ، لأنّ فيه طاعة الإمام فيما فعله لمصلحة المسلمين ، فإذا ضمن عن رجل نصيبه من ذلك صحّ ، وأراد بالقسمة نصيبه من الرواتب ،

قال الله تعالى: ﴿ وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ ٱلْمَآءَ قِسْمَةٌۢ بَيْنَهُمْ ﴾ [1] وأراد به النصيب وأراد بالنوائب غير الرواتب ، وقال بعضهم: أراد بالنائبة أنّ الأسير إذا أراد الفداء فضمن بذلك رجل بأمره صحّ ضمانه ، وإن أدّاه بأمره من غير ضمان يرجع عليه.

(٤٩٣) وأمّا الجنايات التي يوظّفها السلطان على الناس قال بعضهم: يصحّ الكفالة بها ، لأنّه مطالب بها حسّاً ، وكان بمنزلة الدين الواجب ،وعلى هذا قالوا: من قضى نائبة غيره بإذنه ، وهو غيرمكره في الأمر يرجع به عليه ، وإن لم يشترط الضمان، والأصحّ أنّه لا يصحّ الضمان بها ولو أدّاه بأمره و لم يشترط الضمان لا يرجع لأنه ظلم في حقّ الآخذ والمأخوذ به فلا يصحّ بها الكفالة.

[الكفالة بالدرك]

(٤٩٤) قال: رجل اشترى جارية فكفل له إنسان بالدرك واستحقّت الجارية ليس للمشترى أن يرجع على الكفيل حتّى يقضى له بالثمن على البائع ، لأنّ بمجرّد الاستحقاق لا ينفسخ البيع الذي جرى بينهما لاحتمال أن يجيز المستحقّ فلا يعود الثمن إلى ملك المشتري ، ولهذا لو كان الثمن عبداً فأعتقه بائع الجارية بعد استحقاقها نفذ إعتاقه، وكذا لو كان المشتري باعها من غيره فاستحقّت من يد الثاني لم يكن للمشتري الأول أن

١- سورة القمر: ٥٤/٢٨.

يرجع على بائعه ما لم يرجع عليه الثاني كيلا تجتمع اليدان في ملك واحد ، وما لم يجب الثمن على البائع لا يرجع على الكفيل.

[الضمان بالعهدة]

(٤٩٥) رجل اشترى شيئاً فضمن له إنسان بالعهدة فالضمان باطل ، لأنّ العهدة تذكر ويراد به الصك القديم ، وإنّها ملك البائع لا يجب تسليمها إلى المشتري ، وتذكر ويراد بها حقوق العقد ، وتذكر ويراد بها الدرك ، فما لم يبين لا يجوز ، وهذه ثلاث مسائل: ضمان العهدة ، وضمان الدرك ، وضمان الخلاص ، فضمان العهدة باطل بالاتفاق ، وضمان الدرك جائز بالاتفاق ، واختلفوا في ضمان الخلاص ، عند أبي حنيفة رحمه الله ضمان الخلاص باطل وعند أبي يوسف ومحمّد رحمه الله جائز ، لأنّ تفسيره ضمان تسليم المبيع إن قدر عليه وتسليم الثمن إن عجز عنه وهذا هو ضمان الدرك وأبو حنيفة رحمه الله يقول: تفسير ضمان الخلاص تخليص المبيع وتسليمه إلى المشتري على كلّ حال.، وذلك باطل لأنّه التزم شيئاً لايقدر عليه الكفيل ، إذا أخرج نفسه عن عهدة الكفالة بحضرة المكفول له والمكفول عنه لا يخرج ويبقى كفيلاً كما كان ، والوكيل إذا أخرج نفسه عن الوكالة بين يدى الموكّل يخرج عن الوكالة ، وأشار في كتاب الحيل[1] ، أنّ المال إذا كان حالاً كان له أن يخرج

١- انظر: الهندية ٢٩١/٣ ، نصّه: وأشار في كتاب الحيل إلى أنّ له أن يخرج نفسه عن الكفالة ، وصورة ماذكر ثمّة : إذا كان للرجل على رجل مال مؤجّل أو منجم قال رجل للطالب: إذا حلّ مالك على فلان فأنا كفيل لك بنفسه ، أو قال: كلّ مالك نجم من هذه النجوم على فلان فأنا كفيل بنفسه لك عند كلّ نجم ثمّ أراد الكفيل-

من الكفالة ، ذكر هشام عن محمّد رحمه الله[1] رجل ضمن لامرأة بنفقة كلّ شهر عن زوجها وهي كذا وكذا ثمّ أراد أن يرجع عند كمال الشهر قال: ليس له ذلك وإن كان آجر داراً بكذا وضمن له إنسان بأجرة كلّ شهر فللضمين أن يفسخ الضمان عند رأس الشهر.

[أثر الموت على الكفالة]

(٤٩٦) وفي واقعات الناطفي: [2] استأجر داراً كلّ شهر بدرهم، ولم يسمّ عدد الشهور فالأجرة وقعت على شهر واحد ، ولو سكن من الشهر الثاني يوماً لزمه الشهر الثاني ، وكذا كلّ ما سكن من الشهور يؤاخذ

-أن يخرج من الكفالة قبل حلول المال فليس له ذلك، قيّد المسألة بما قبل حلول المال، فهذا إشارة إلى أنّ المال لو كان حالاً كان له أن يخرج من الكفالة كذا في الذخيرة.

١- انظر: الهندية ٣/٢٨٩ ، نصّه: ولو ضمن لامرأة عن زوجها بنفقة كلّ شهر جاز وليس له الرجوع عن الضمان في رأس الشهر ، ولو ضمن أجرة كلّ شهر في الإجارة فله أن يرجع في رأس الشهر.

٢- انظر: البزازية على هامش الهندية ٣/٧٠ ، نصّه: ولو استأجر رجل داراً كلّ شهر بدرهم ولم يذكر عدد الشهور كانت الإجارة في شهر واحد فإن سكن المستأجر فيها يوماً من الشهر الثاني لزمه الإجارة في الشهر الثاني وهكذا في كلّ شهر فأعطاه المستأجر كفيلاً بالأجرة ما لزم المستأجر لزم الكفيل ذلك ، فلا تبطل هذه الكفالة بالموت كما لا تبطل الكفالة بالدرك ، وليس للكفيل بالأجر أن يأخذ المستأجر قبل أن يؤدّي ، فإذا أدّى الكفيل كان له أن يرجع بذلك على المستأجر إن كانت الكفالة بأمره ، انظر: الهندية ٣/٢٨٩.

بالأجرة، ولو أخذ بالأجرة كفيلاً لزم الكفيل ما لزم المستأجر فإن مات الكفيل ثمّ سكن المستأجر شهراً بعد ذلك فما لزم المستأجر لزمه في تركة الكفيل.

(٤٩٧) ولا تبطل الكفالة بالموت كما لا تبطل كفالة الدرك ، والكفالة بمال إنّما هو المال ، والمال ممّا يصحّ وجوبه على الميّت ، لأنّ التركة خلف عن الميّت في حقّ المال ، أمّا الكفالة بالنفس فموجبها فعل تسليم النفس والفعل مما لا يصحّ وجوبها على الميّت ، وليس للكفيل بالأجرة أن يأخذ المستأجر حتّى يؤدّي لكن إن التزم فله أن يلازم المكفول عنه حتى يكفّه ، ويؤدّي عنه ، فإنّ أدّى الكفيل فله أن يأخذ المستأجر بالأجر ، لأنّ الكفيل إنّما يرجع على المكفول عنه بتملكه ما في ذمّة المكفول عنه ، وإنّما يتملّك ما في ذمّة المكفول عنه إذا أدّى بنفسه أو وهب له.

[رجوع الكفيل على الأصيل]

(٤٩٨) قال : رجل قال لغيره: اقض عني ديني فقضاه رجع عليه، و إن لم يقل: على أني ضامن ، وكذلك إذا قال: اقض فلاناً عني ألف درهم أو اقض فلاناً الألف التي له عليَّ أو قال: ادفع فلاناً عني ألف درهم أو ادفع فلاناً الألف التي له عليَّ أو قال: أعط فلاناً عني ألف درهم أو قال: أعطيه ألفاً له عليَّ ، فإن هذا كله إقرار من الآمر بالدين، وإذا قضى المأمور كان له أن يرجع بما قضى على الآمر عندهم جميعاً لأن في بعضها إقراراً بالدين اقتضاء لأنه قال عني ، و لم يتصور أن يكون قاضياً إلا بعد أن يكون عليه دين فصار مقراً بالدين في بعض

هذه الفصول نصاً و في بعضها اقتضاء ، وإذا قضى المأمور كان له أن يرجع بما قضى على الآمر .

(٤٩٩) قال : رجل دفع إلى رجل ألف درهم و أمره أن يعطيها غريمه فأعطاه المأمور غيرها من عنده أو باعه بها ثوباً ، و كان للمأمور على الغريم ألف درهم ، فجعلها قصاصاً منها فهذا كله جائز يعني لايكون متطوعاً فيما أدى هكذا ذكر هشام عن محمد رحمه الله في نوادره[1] .

(٥٠٠) و ذكر في المنتقى عن محمد رحمه الله: إن دفع إليه غلاماً ، و قال: بعه و أعط فلاناً ثمنه قضاء بماله علي فأعطاه من عنده مثل ثمن العبد قبل أن يبيعه قضاء بماله على رب الغلام فهو متطوع في هذا.

(٥٠١) وإذا قال: ادفع فلاناً ألف درهم قضاء له و لم يقل: عني أو قال: اقض فلاناً ألف درهم و لم يقل: على أني ضامن لها أو على أني كفيل لها فدفعها المأمور إلى فلان ، فإن كان المأمور شريكاً للآمر وخليطاً له أو كان ممن في عيال الآمر ، فإنه يرجع على الآمر بالإجماع، لأن الضمان في الخليطين مشروط على الآمر عرفاً ، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، والعرف فيما بين الناس أنه إذا كان بين اثنين أخذ وإعطاء إذا أمر أحدهما صاحبه ليدفع ماله إلى غيره إنما يأمر ليكون المدفوع قرضاً على الآمر ، وإن لم يقل: على أني ضامن اعتباراً للعرف ، وإن لم يوجد شيء من هذه الأشياء

١- انظر: الفتاوى الخانية على هامش الهندية ٦٤/٣ ، نصه : أو قال: ادفع عني ألف درهم ففعل المأمور فإنه يرجع على الآمر في هذه المسائل بما دفع في رواية الأصل .

فالمأمور لا يرجع على الآمر عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وعند أبي يوسف يرجع.

(٥٠٢) وتفسير الخليط ، أن يكون بينهما أخذ وإعطاء أو بينهما مواضعة على أنه متى جاء رسوله ووكيله يبيعه منه أو يقرض منه قال بعض مشايخنا رحمهم الله: متقبل الحمام ، و الطاحونة ليس بخليط ، لأن الأخذ و الإعطاء بينهما يكون من أحد الجانبين لا من كل جانب.

(٥٠٣) و لو قال لغيره: أنفق علي فأنفق يرجع على الآمر ، وإن لم يشترط الرجوع و الضمان ، هكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله[١] في أول اللقيط ، و كذلك إذا قال: أنفق على أولادي فأنفق كان له الرجوع ، هكذا ذكر في كتاب النفقات في باب نفقة ذوي الأرحام[٢] ، و ذكر الشيخ الإمام أستاذ الائمة ظهير الدين رحمه الله في شرح الأقضية أن

---

١ - انظر : البزازية على هامش الهندية ٢١٨/٦ كتاب اللقيط ، نصه : يشترط أن يقول الحاكم : أنفق عليه على أن يكون ديناً عليه و قيل : شرط الرجوع ليس بشرط و الأول أصح .

٢ - و في المبسوط : فإن كان مال الولد غائباً أمر الأب بأن ينفق عليه من ماله على أن يرجع في مال الولد إذا حضر ماله لكنه إن أشهد فله أن يرجع في الحكم و إن أنفق بغير الإشهاد لكن على نية الرجوع فله أن يرجع فيما بينه وبين الله تعالى و في الحكم ليس له ذلك ، لأن الظاهر أنه يقصد التبرع بمثل هذا والقاضي يتبع الظاهر ، فأما فيما بينه و بين الله تعالى فله أن يرجع لأن الله تعالى عالم بما في ضميره (المبسوط ٢٢٣/٥ - كتاب اللقيط).

الأمر بالإنفاق ، و أداء الخراج والصدقات والواجبات لا يوجب الرجوع إلا بالشرط إلا رواية عن أبي يوسف رحمه الله .

(٥٠٤) قال : ولو قال الآمر: أقرض هذا الرجل ألف درهم على أني ضامن لها والمدفوع إليه حاضر يسمع هذا الكلام ففعل فإن المأمور يأخذ ماله من أيهما شاء ويكون المال قرضاً على القابض ، والآمر كفيله ، لأنه لما أضاف القرض إلى المدفوع إليه ههنا ثم ذكر ضمان نفسه أمكن حمل لفظة الضمان على ما هو المعهود من هذا اللفظ وهو الكفالة لوجود شرطه ، و هو كون العين مضموناً على المكفول عنه فإن المُسْتَقْرَض مضمون على المُستَقْرِض فحمل على الكفالة .

(٥٠٥) قال ...... وإذا قال لغيره: هب لفلان ألف درهم على أني ضامن لها أو قال: تصدق بها على فلان على أني ضامن لها ففعل المأمور ذلك وقبضها الموهوب له ذلك كانت الهبة جائزة والآمر ضامن للدافع ، ويكون الواهب في الحقيقة الآمر دون المأمور حتى كان للآمر أن يرجع في الهبة ولايكون للمأمور ذلك ، لأنه تعذر تصحيح الضمان من الآمر بحكم الكفالة عن القابض إذ لا ضمان على الموهوب له على المتصدق عليه ، فجعل الآمر ضامناً بحكم القرض جاعلاً للمأمور ووكيلاً عن نفسه بالهبة ، وجاعلاً للقابض وكيلاً عن نفسه في ابتداء قبضه حتى يتم قرضه ، ثم يصير قابضاً لنفسه بحكم الهبة ، وصار تقدير المسألة كأن الآمر قال لذلك الرجل: أقرضني ألف درهم ثم كن وكيلاً في الهبة من فلان ، ولو نص على هذا كان الجواب كما قلنا فكذلك ههنا .

(٥٠٦) قال ... رجل باع لرجل ثوباً بأمره ، و ضمن له الثمن ، فالضمان باطل ، وكذلك المضارب إذا ضمن لرب المال بثمن ما باع لا يصح ، لأن الوكيل أمين فلا يصير ضامناً بالشرط كالمودع ، والمستعير، ولأن الثمن وجب حقاً للعاقد ألا ترى! أنه اختص بالمطالبة.

ولهذا لو حلف المشتري ما للموكل عليه شيء كان باراً في يمينه ، ولو حلف ما للوكيل عليه شيء كان كاذباً ، فلو صح الضمان كان ضامناً لنفسه عن نفسه ، وذلك باطل بخلاف الوكيل بالنكاح من قبل المرأة إذا ضمن المهر عن الزوج حيث يصح ، لأنه سفير محض لايرجع إليه الحقوق فلو صح الضمان لا يصير ضامناً لنفسه .

(٥٠٧) قال .... رجل ضمن عن عبد مالاً لايجب عليه شيء حتى يعتق، وإن لم يسم حالاً ، ولاغيره فهو حال ، وصورته إذا أقر العبد باستهلاك مال فكذبه المولى أو أقرضه إنسان أو باعه إنسان ، وهو محجور ، ووطئ إمرأة بشبهة بغير إذن المولى ، فإنه لايؤاخذ به في الحال وكذلك لو أودعه إنسان وديعة فاستهلك الوديعة لايؤاخذ به حتى يعتق في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وإن كفل به إنسان و لم يسم حالاً ، ولاغيره فهو حال ، لأن محل الدين الذمة ، وذمة العبد صالحة لوجوب الدين و إنما تأخرت المطالبة لعسرته، لأنه إذا لم يظهر في حق المولى لا يؤخذ من كسبه فكان بمنزلة المعسر، ومن كفل عن مفلس فلسه القاضي يؤاخذ به في الحال كذلك ههنا.

[كفالة الغائب]

(٥٠٨) وكذا لو كفل عن غائب صح فيؤخذ به في الحال ، وإن كان الطالب لا يقدر على مطالبة الأصيل بخلاف ما إذا كان

الدين مؤجلاً أو كفل به إنسان ولم يذكر حالاً ولا مؤجلاً لا يؤاخذ به حتى يحل الأجل ، لأن الكفيل التزم ما على الأصيل وعلى الأصيل مؤجل فلا يؤاخذ به الكفيل في الحال.

[كفالة الشريك لشريكه]

(٥٠٩) قال : دين بين رجلين على رجل فكفل أحد الرجلين لشريكه بحصته فالكفالة باطلة ، لأنه لا يخلو إما أن يصح الكفالة بنصف دين مقدر و بنصف دين شائع بينهما لا وجه إلى تصحيح نصف مقدر، لأنه لايمتاز نصيب المكفول له من نصيب الكفيل إلا بالقسمة ، وقسمة الدين قبل القبض لايتحقق، لأن القسمة تكون إفرازاً لبعض عن بعض، والدين قبل القبض مجتمع في مكان واحد فلا يتحقق الإفراز ، ولا وجه إلى أن يجوزها بنصف دين مشترك لأنه يصير كفيلاً لنفسه من حيث المعنى ، وكفالة الإنسان لنفسه باطلة لأنها لاتفيد ، وإنما قلنا ذلك لأن الكفيل متى قضى له نصف الدين للمكفول له، وذلك خمسمائة كان للكفيل أن يأخذ منه نصفه ، وذلك مائتان وخمسون لأن المقبوض من دين مشترك ، ومتى قبض الكفيل مائتين وخمسين انتقض القضاء من الأصل بقدر مائتين وخمسين فيما قبض ، لأن الواحد لا يصلح أن يكون قاضياً عن نفسه ومقتضياً.

فإذا انتقض القضاء بقدر ما قبض كأنه لم يؤد إلا مائتين وخمسين فيكون نصف ذلك له ثم وثم إلى أن ينتهي إلى الجزء الذي لا يتجزى ، ولايتصور في الأوهام ، وإذا كان كذلك صح قولنا أنه متى صحت الكفالة بنصف الدين شائعاً صار كفيلاً لنفسه ، و ذلك

باطل ، وهذا كما لو أقر لأجنبي ولوارث بدين مشترك بطل الإقرار لأنه صار مقراً للوارث باعتبار الشركة من الوجه الذي ذكرنا والإقرار للوارث باطل.

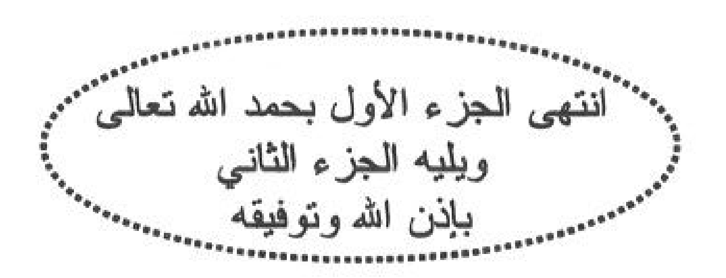
[أثر براءة الأصيل على الكفيل]

(٥١٠) قال ... وإذا كان لامرأة على زوجها ألف درهم من صداقها ، وكفل به لها رجل عن الزوج ثم ماتت المرأة فورثها زوجها وأخوها فإنه برئ الكفيل عن النصف ، لأن الزوج لما ورث نصف الصداق برئ الزوج عن نصف الصداق ، وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل ، ولم يبرئ عن نصف الأخ فبقي الكفيل كفيلاً بنصف الأخ ، وهل يرجع الكفيل إذا أدى النصف إلى الأخ على الزوج ، إن كان كفيلاً بأمره رجع ، وإن كان كفيلاً بغير أمره لم يرجع على ما عرف.

[كفالة العبد المأذون]

(٥١١) قال : العبد المأذون إذا كفل بإذن سيده لرجل بألف درهم أو بالألفين أو ثلاثة ، وقيمته ألف ، ثم استدان ألفاً كان قيمته بينهم ، لأن إذن المولى قد صح ، لأنه لاقى رقبة فارغة عن الدين ، ولزم بعد ذلك دين التجارة، ولو كفل بألف و قد عرفنا أن دين العبد لا يمنع وجوب دين آخر بالتجارة ، وهي قيمته ثم كفل لرجل بالألف الأخرى و استدان ألفاً كانت الألف الوسطى باطلة ، لأن الكفالة بالألف الوسطى وجد وهي مشغولة بالدين فلم يصح الإذن ، فكأنه كفل بغير إذن المولى بالألف الوسطى ، ولو كفل بغير إذن المولى كانت قيمته بين الأول والآخر ، لأن دين الكفالة لا يمنع وجوب الدين

على العبد بسبب التجارة ، أما يمنع بسبب الكفالة ، وإذا كفل الرجل لمكـاتب نفسه عن رجل بغير أمره بمال ثم عجز المكاتب فرد في الرق بطلـــب كفالـــة المولى، لأن المولى ينـــزل من العبد بمنـــزلة الوارث ، ولـــو مـــات الطـــالب والكفيل وارثه بطلت الكفالة عن المطلوب .




فهرس

صنوان القضاء وعنوان الإفتاء

الجـــزء (١)

الفهرس العام